JUS CIVILE

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

6-2017

novembre-dicembre

G. Giappichelli Editore

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

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

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

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

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

JUS CIVILE

INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione *
di *Giuliano Zanchi* 494

L'assegno di divorzio, ventisette anni dopo *
di *Dario Buzzelli* 538

Poteri assistenziali del convivente di fatto in caso di malattia o ricovero del partner *
di *Gianluca Navone* 553

Nugae civilistiche. Sulla scuola romana del primo Novecento **
di *Laura Moscati* 568

Una lettura oggi di "le fonti di integrazione del contratto" **
di *Giorgio De Nova* 624

La natura: sujeto de derechos? *
di *Livio Perra* 627

Ordinamento sportivo e fonti private *
di *Maria Pia Pignalosa* 646

Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione *ex officio* della clausola penale *
di *Gerardo Villanacci* 683

La responsabilità civile di Pietro Trimarchi **
di *Vincenzo Roppo* 696

---

* Contributo sottoposto a revisione.

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

JUS CIVILE

pag.

Dottrina dei dottori e dottrina delle corti **
di *Carlo Granelli* 703

Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati *
di *Roberto Senigaglia* 710

Giurisprudenza italiana

Verso il riconoscimento dei danni punitivi? *
Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601
di *Carlotta De Menech* 607

Giurisprudenza europea

Non vincolatività delle clausole abusive ed ingiusta limitazione nel tempo della loro inefficacia: le clausole *floor* al vaglio della corte di giustizia *
Corte giustizia UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, n. 154
di *Alberto Capobianco* 674

JUS CIVILE

GIULIANO ZANCHI

Ricercatore di diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

INTERPRETAZIONE E RUOLO DELLA PRASSI NELLA DEFINIZIONE DELLO STATUTO SOGGETTIVO DELLA FONDAZIONE

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La fattispecie normativa di fondazione e il confronto con la tradizione dogmatica. – 3. L'evoluzione dottrinale nella configurazione degli elementi costitutivi della fattispecie di fondazione. – 4. Lo scopo della fondazione in particolare. – 5. Lo statuto soggettivo degli enti non lucrativi e la ricerca dei caratteri distintivi della fondazione. – 6. Prassi operativa e prassi amministrativa. – 7. Unità e pluralità nello statuto soggettivo degli enti non lucrativi. – 8. Le fondazioni di famiglia. – 9. Le fondazioni di comunità. – 10. Conclusioni.*

1. – Nella tradizione di studi sugli enti privati, la fondazione ha ricevuto un'attenzione particolare. Associazioni e società corrispondono ad un'idea antica di comunità di uomini che si fa centro autonomo di imputazione di relazioni giuridiche sulla quale è stata costruita l'idea stessa di persona giuridica; invece la rappresentazione della fondazione come personificazione di un patrimonio destinato al raggiungimento di uno scopo ideale è il frutto di un'evoluzione concettuale meno lineare, che conferisce storicamente a questo ente una spiccata peculiarità. Di tale peculiarità si ha testimonianza proprio nella definizione del paradigma soggettivo di fondazione che la letteratura giuridica ha elaborato a partire dall'XIX secolo e a mente della quale il legislatore del 1942 ha plasmato le regole di costituzione e funzionamento delle fondazioni nel codice civile.

Con l'andare del tempo, però, la nettezza dei confini dell'istituto sono andati sbiadendo. Prassi operative, novelle al codice civile e il susseguirsi di legislazioni speciali restituiscono oggi un'immagine della realtà delle fondazioni in Italia irriconoscibile rispetto ai parametri tradizionali, con la conseguenza, già avvertita da buona parte della dottrina, della necessità di ridefinire lo statuto soggettivo della fondazione e più in generale degli enti del libro primo del codice civile.

Una prospettiva metodologica interessante consiste nell'analisi critica della tradizionale distinzione tra associazione e fondazione. Il ripensamento della contrapposizione tra enti a struttura associativa e istituzionale non vale a negare diversità disciplinari e distinte identità tra i due soggetti, ma le riconduce ad una dimensione di minor rivalità strutturale e maggior complementarietà funzionale, in cui in particolare associazioni e fondazioni si presentano in relazione di specie al genere di ente non commerciale. La dottrina appare più propensa di un tempo a riconoscere nelle norme degli articoli da 11 a 35 cod. civ. le tracce di una disciplina intrinsecamente omogenea di persona giuridica privata *tout court*, sia pure minimale e lacunosa. In essa trovano

composizione alcune tradizionali antinomie tra modelli soggettivi che non appaiono più condivisibili perché informate alla protezione di interessi inattuali e smentite dalla prassi applicativa, a cui in particolare va riconosciuta una centralità che la riflessione teorica talvolta fatica a riservarle. Le perplessità sulla coerenza sistemica di alcune tradizionali figure soggettive, come la fondazione di famiglia, e altre di più recente elaborazione, come le fondazioni di comunità, possono essere superate ripensando criticamente ad alcuni *totem* disciplinari, *in primis* alla pubblica utilità dello scopo della fondazione, e valutando senza preconcetti la percolazione di connotati solitamente riferiti in via esclusiva alle associazioni nella prassi statutaria delle fondazioni. La trasfigurazione del tipo tradizionale di fondazione che oggi la prassi ci presenta risulterà in tal modo la fisiologica tappo evolutiva di un modello soggettivo a lungo condizionato, nella sua costruzione teorico-pratica, da una rappresentazione dogmatica eccessivamente rigida che non risulta l'unica possibile *de iure condito*.

2. – Come noto, non è disponibile una definizione normativa di fondazione [1]. Il codice civile (Titolo II, Capo II del Libro Primo) vi dedica una disciplina frammentaria nella quale si mescolano regole comuni con l'associazione (artt. 14, comma 1, 16, 18, 19, 27, 29-32, 35 cod. civ.) a disposizioni espressamente dedicate alla fondazione (artt. 14, comma 2, 15, 25, 26, 28 cod. civ.) [2]. Le une e le altre contengono previsioni ora sulla struttura, ora sull'organizzazione e sul funzionamento dell'ente, che si occupano solo di alcuni aspetti della costituzione e della vita della fondazione [3]. A dispetto delle rubriche sia del Titolo che del Capo, le disposizioni in que-

---

[1] R. SENIGAGLIA, *Fondazione (I agg.)*, *Dig. disc. priv.*, VII Aggiornamento, Utet, 2012, 514. Altrettanto accade per l'associazione. Non è priva di significato questa doppia assenza, specie per quanto interessa qui mettere in evidenza. Associazione e fondazione sono modelli legali che riproducono figure organizzative che hanno una tradizione plurisecolare. Anche per quanto subito si noterà a proposito dell'atteggiamento ideologico del legislatore del 1942 nei confronti di questi enti, è significativo che il legislatore non abbia sentito la necessità di fornirne una definizione normativa. Nello specifico caso della fondazione, l'assenza di una definizione ha consentito alla dottrina di elaborare un'autonoma rappresentazione dogmatica dei tratti essenziali della fondazione che ha collocato al centro della nozione descrittiva un elemento – il patrimonio di dotazione destinato ad uno scopo di pubblica utilità – che non presenta alcun addentellato normativo nel coacervo di disposizioni dedicate alla fondazione, come meglio si avrà modo di evidenziare oltre.

[2] Vi sono poi norme comuni a fondazioni ed associazioni in cui sono incluse previsioni singolarmente dedicate ora all'uno e ora all'altro ente. Ad esempio, l'art. 16, comma 1, cod. civ. prevede nella sua seconda parte una disposizione limitata alle sole associazioni con riferimento al contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto, mentre al comma 2 dello stesso articolo si precisa che per le sole fondazioni può prevedersi statutariamente anche le norme relative alla loro trasformazione. Ancora, l'art. 31, in tema di devoluzione dei beni dell'ente dopo la sua estinzione, dispone al comma 2 due diverse soluzioni per l'ipotesi in cui atto costitutivo e statuto non contengano previsioni specifiche in materia di devoluzione patrimoniale, a seconda che l'ente in liquidazione sia un'associazione o una fondazione.

[3] Le disposizioni dedicate all'associazione, anch'esse complessivamente lacunose, contengono tuttavia indicazioni discretamente dettagliate in materia di convocazione, funzionamento e impugnazione delle delibere assembleari. Considerando l'importanza che assume l'organo assembleare nel concreto dispiegarsi della struttura organizzativa e delle funzioni delle associazioni, può dirsi che l'incompletezza disciplinare si presenta meno significativa con riferimento alle associazioni rispetto a quanto accada per le fondazioni. Si aggiunga poi che la giurisprudenza ha in più occasioni mostrato la sua disponibilità ad utilizzare la disciplina societaria quale stampella regolativa in materia di

stione non contengono dunque una disciplina organica delle persone giuridiche, né dei soli enti non lucrativi, e neppure una regolazione completa delle due figure nominate di associazione e fondazione [4].

La ragione storica della scelta di non dedicare una disciplina organica alle persone giuridiche va ricondotta certamente all'atteggiamento di ostilità del legislatore del 1942 per i corpi intermedi tra individui e Stato alternativi al modello corporativo [5], ma, con specifico riferimento alle fondazioni, ancor prima risale ad un risalente discredito maturato a partire dal XVIII secolo in Francia [6]. Le fondazioni apparivano un facile artificio giuridico per schermare il patrimonio del fondatore creando vincoli di destinazione di lunga durata, anche perpetui [7], per il perseguimento di interessi individualistici, con funzione pratica di segregazione patrimoniale in danno dei creditori o degli eredi. L'immobilismo patrimoniale realizzato dalle organizzazioni di tipo fondazionale, specie quelle di matrice ecclesiastica, aveva dato prova della loro attitudine a sottrarre ingenti ricchezze – soprattutto immobiliari – alle dinamiche del mercato (la c.d. mano morta) [8]. Esso si poneva per di più in netto contrasto con l'atteggiamento di favore per i meccanismi circolatori della ricchezza e per la protezione del credito che costituiscono principi ispiratori del codice civile del 1942 [9].

Anziché vietare la loro costituzione, il codice civile vigente ha preferito prendere atto comunque della secolare e radicata diffusione di questo modello soggettivo e regolarlo espressamente ponendo le fondazioni sotto controllo pubblico. Nel costruire la regolazione normativa, il legislatore italiano ha fatto propria la concezione allora dominante della fondazione quale *uni-*

---

organizzazione dell'attività delle associazioni. La comune struttura associativa ha convinto gli interpreti che alcuni principi generali ricavabili dalla disciplina contenuta nel libro quinto, ben più dettagliata, possano essere estesi, sia pure entro certi limiti, anche alle associazioni. Questa maggiore articolazione complessiva della disciplina che il legislatore mette a disposizione in materia di associazioni evidenzia ancor più la povertà di regole primarie sulla fondazione.

[4] F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 2006, 1.

[5] Prima del codice civile vigente l'ordinamento italiano conosceva solo sporadiche disposizioni relative ai "corpi morali", a differenza di quanto previsto nelle legislazioni francese e tedesca (nel BGB in particolare il libro I, titolo II, contiene un'ampia parte dedicata alle associazioni e fondazioni). Per un'analisi storico-comparatistica si rinvia a A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dal tipo alle tipologie*, Jovene, 1995, 22 ss.; B.N. ROMANO, *Le fondazioni nell'evoluzione del diritto privato*, in G. PALMA, P. FORTE (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Giappichelli, 2008, 183 ss.

[6] Cfr. R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations: à propos de quelques études récentes*, in *TVR*, 21, 1956, 412 ss.

[7] A. FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. not.*, 2010, 17 ricorda la sprezzante battuta di R.J. Turgot per il quale "la fondazione era buona solo per soddisfare la vana aspirazione umana all'eternità" (R.J. TURGOT, *Fondation, Article de l'Enciclopédie*, vol VII, 1757, in G. SCHIELE, *Oeuvre de Turgot et documents le concernant*, vol. I, Librairie Felix Alcan, 1913, 593).

[8] G. SAREDO, *Acquisti dei corpi morali*, in *Dig. it.*, II, Utet, 1929, 70; F. GALGANO, *Il prezzo della personalità giuridica*, in *Riv. soc.*, 1968, 11.

[9] La storia delle fondazioni ecclesiastiche aveva anche mostrato palesi indici di inefficienza economica nella gestione degli ingenti patrimoni a disposizione di questi enti. P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. PALMA, P. FORTE (a cura di), *Fondazioni*, cit., 30 ss. evidenzia che la visione economica, oltre giuridica, al tempo della codificazione civile abbia contribuito in modo decisivo all'ostracismo legislativo verso le fondazioni.

versitas bonorum, ossia personificazione di un patrimonio separato destinato ad uno scopo, in contrapposizione con l'*universitas personarum* delle organizzazioni di tipo associativo [10].

La fondazione si è così disposta nell'immaginario dottrinale in una posizione alternativa alle organizzazioni a base associativa, per via dell'irriducibile diversità quanto all'elemento personale [11]. Ed anche quando la dottrina ha convenuto che un soggetto di diritto non potesse essere ridotto al solo suo elemento patrimoniale e che anche nel caso della fondazione dovesse pur sempre rilevarsi l'esistenza di un elemento personale, individuato nell'organizzazione collettiva della sua attività [12], è rimasta ferma in letteratura la nozione tradizionale della fondazione come patrimonio destinato ad uno scopo.

La suggestione della pervasività dell'elemento patrimoniale nel confronto con l'alternativa associativa ha accresciuto il divario concettuale tra le due figure di enti non lucrativi, perpetuando l'immagine della fondazione come ipotesi eccezionale e privilegiata di sottrazione di complessi patrimoniali individuali dall'applicazione delle regole comuni.

La potenza evocativa di questa rappresentazione è stata decisiva nella determinazione delle scelte del legislatore del 1942, che ha scelto di assoggettare le fondazioni ad un pervasivo controllo della Pubblica Amministrazione sin dal momento genetico della sua costituzione per via concessoria e poi per tutta la durata della fondazione fino alla fase di liquidazione e scioglimento. Identico trattamento veniva riservato alle associazioni, ma con la significativa differenza della presenza di un organo assembleare le cui decisioni, pur sempre nella cornice statutaria, si sot-

---

[10] La distinzione in termini di contrapposizione tra la più antica figura dell'ente associativo, da un lato, e della fondazione, dall'altro, è il portato delle elaborazioni dottrinali della padettistica tedesca. La prima teorizzazione in tali termini della distinzione tra enti associativi e fondazionali viene attribuita generalmente a A. HEISE, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts*, 3^ ed., Bey Mohr und Zimmer, 1819, I, sebbene il ricorso al concetto di *universitas* e la sistematizzazione della distinzione tra *universitas bonorum* e *personarum*, si deve compiutamente a G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (1841-1881), vol. I, tradotta in italiano da A. TURCHIARULO, *Corso delle Istituzioni*, Diogene, 1854, II, 8 ss.

[11] Non è mancato, per vero, chi abbia tentato di ipotizzare già all'epoca del codice previgente che le fondazioni fossero una tipologia particolare di associazioni in cui l'elemento personale fosse presente nella comunità dei beneficiari della sua attività. Ne dà conto F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 81, ove in nota 3 cita a tale proposito le osservazioni di F. FERRARA sr., *Teoria delle persone giuridiche*, E. Marghieri, 1923, 305 ss.

[12] Si attribuisce alle riflessioni di O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887, 22 ss. il merito di aver sottolineato l'essenzialità dell'elemento organizzativo nella fondazione, pur mantenendo ben chiara la distinzione rispetto all'associazione proprio e sempre sul piano organizzativo, ove quest'ultima presentava la peculiarità dell'organo assembleare, mancante invece nel modello (organizzativo) della fondazione. La dottrina italiana ha raccolto questa sollecitazione anche al di là della condivisione della concezione organica di Gierke, riconoscendo il patrimonio come mezzo per il raggiungimento dello scopo statutario anche nel caso delle fondazioni: F. FERRARA sr., *Teoria*, cit., 375 ss.

G. TAMBURRINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, in *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale Bigiavi*, Utet, 1997, 131 sostiene che l'elemento personale nelle fondazioni sia costituito dalla collettività dei beneficiari. Opinione che non sembra condivisibile perché i destinatari delle erogazioni di beni o prestazioni di servizi delle fondazioni possono anche essere indeterminati (a differenza degli associati, che possono certo cambiare nel tempo ma che sono sempre determinati) e perché chi caratterizza l'attività delle fondazioni, anche in parallelo con l'ente associativo, è chi contribuisce alla loro gestione ed organizzazione, non chi riceve i risultati di detta attività.

traevano e si sottraggono tutt'oggi al controllo pubblico. Per di più, mentre nel caso delle associazioni la costituzione per via della concessione pubblica della personalità giuridica non era e non è l'unica opzione disponibile prevista dal Capo II, ben potendo un'associazione costituirsi come ente di fatto senza riconoscimento [13], altrettanto non è stato previsto per il caso delle fondazioni [14].

Le riflessioni teoriche della dottrina hanno avuto gran peso all'epoca dell'elaborazione delle norme codicistiche in materia di fondazioni.

Anzitutto la fondazione a cui sono dedicate le disposizioni del codice civile è la quella che risponde alla definizione dottrinale tradizionale di patrimonio destinato ad uno scopo ideale, ossia la c.d. fondazione di erogazione [15]. Protagonista della fase genetica dell'ente è il fondatore che, per atto pubblico *inter vivos* o per testamento (art. 14 cod. civ.), costituisce l'ente, definisce il contenuto delle regole organizzative (le c.d. tavole fondazionali, art. 16 cod. civ.), provvede alla dotazione patrimoniale e richiede all'Amministrazione competente il riconoscimento della personalità giuridica (art. 12 cod. civ.). Solo all'esito positivo dei controlli pubblici la fondazione può essere considerata, ed operare in qualità di, soggetto giuridico [16].

Il contenuto e la funzione attribuiti al controllo pubblico rivestono un'importanza sistemica rilevante. Per prevenire quegli abusi della personalità giuridica di cui erano state accusate le fondazioni vigente il codice del 1865, la dottrina ha ritenuto indispensabile che il controllo pubblico si rivolgesse principalmente alla valutazione della pubblica utilità dello scopo per il quale emergente dalle tavole fondazionali, negando la concessione della personalità giuridica a fondazioni costituite per il perseguimento di scopi individualistici, o anche collettivi, ma non di pubblica utilità. Solo in presenza di quest'ultimo genere di scopi poteva essere giustificata la concessione della personalità giuridica da parte dall'ordinamento.

Un siffatto contenuto del procedimento concessorio, che si configura dunque come vera e propria valutazione di merito sull'opportunità del riconoscimento della singola fondazione, implicava l'immutabilità ad iniziativa privata dello scopo attribuito dal fondatore una volta riconosciuta e più in generale la necessaria preclusione al fondatore di assumere decisioni in merito

---

[13] La storia dell'applicazione della disciplina sulle associazioni riconosciute e non riconosciute ha dimostrato l'indiscutibile successo del *genus* dell'associazione di fatto, della quale continuano a far parte realtà organizzative di grande rilievo, anche costituzionale, come sindacati e partiti politici. Proprio l'avvento della Carta Costituzionale contribuirà a far acquisire sempre maggiore centralità all'associazione non riconosciuta proprio per il suo essere sottratta a controlli pubblici e quindi apparire l'archetipo dell'esercizio della libertà associativa proclamata dall'art. 18 Cost. Sull'impatto dei precetti costituzionali rispetto alla definizione dei connotati strutturali e funzionali degli enti non lucrativi, inclusa la fondazione, si dirà *infra*.

[14] In tema di fondazioni di fatto si tornerà più avanti; si rinvia qui *infra* per l'approfondimento della questione.

[15] R. SENIGAGLIA, *Fondazione*, cit., 514.

[16] I lunghi tempi di conclusione del procedimento per il rilascio della personalità giuridica, nel corso del quale l'Amministrazione può anche chiedere integrazioni documentali o opportune modifiche alle tavole fondazionali, hanno posto in concreto il quesito dell'imputazione soggettiva dell'attività che l'ente costituito e dotato patrimonialmente, ma non ancora riconosciuto, avesse compiuto anche solo per la conservazione del patrimonio. A. ZOPPINI, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corr. giur.*, 2001, 294.

all'amministrazione dei beni in dotazione alla fondazione. Una volta perfezionata costituzione, dotazione e riconoscimento, il vincolo funzionale imposto al patrimonio destinato in fondazione diviene irretrattabile, donde la regola di cui all'art. 15 cod. civ. che vieta la revoca dell'atto di fondazione una volta che sia intervenuto il riconoscimento.

È dunque l'interesse a scongiurare gli abusi del passato a spiegare il diverso trattamento riservato al fondatore della fondazione rispetto ai fondatori dell'associazione. A questi non è inibita la partecipazione al governo e all'amministrazione dell'ente, potendo essi votare in assemblea come gli altri associati o riservandosi poteri di voto solo in alcuni casi statutariamente previsti; la varietà delle soluzioni possibili rimessa all'autonomia statutaria può configurare le più diverse situazioni. Nella fondazione, invece, il fondatore non può prender parte alla vita dell'ente; a questi è inibito il ruolo di amministratore, non può determinare la scelta dei componenti dell'organo amministrativo né in altro modo interferire nel governo dell'ente [17]. Sicché una volta che il fondatore abbia assunto l'iniziativa negoziale di fondazione si dispone a diventare un soggetto terzo rispetto all'ente costituito.

Del resto, la concezione della fondazione quale ente che utilizza il patrimonio di dotazione per raggiungere lo scopo ideale approvato dai pubblici poteri definisce il ruolo dell'organo di governo della fondazione come meramente esecutivo, servente rispetto allo scopo statutario [18]. Tradizionalmente si spiega proprio in virtù di questo assoggettamento degli amministratori allo statuto (oltre che alla legge) la *ratio* dell'art. 25 cod. civ. che prevede penetranti controlli pubblici nell'amministrazione delle fondazioni, attribuendo poteri di annullamento delle deliberazioni gestorie "*contrarie a norma imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico e al buon costume*" e di destituzione degli amministratori dal loro ufficio in caso di inattuabilità oggettiva dello scopo statuario o qualora essi "*non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge*". Lo statuto è accostato alla legge in una posizione di equivalenza, la quale sembra suggerire che gli scopi statutari – una volta ricevuta l'attribuzione della personalità giuridica – siano elevati o riconosciuti ab origine come scopi di indole pubblica, destinati a proteggere interessi superindividuali. Gli scopi statutari perderebbero così la loro natura privata per acquisire rilievo pubblico. Ed in ciò troverebbe ulteriore conferma la necessità che gli scopi della fondazione siano di pubblica utilità: diversamente non avrebbe senso conferire alla Pubblica Amministrazione poteri di controllo su atti compiuti dagli amministratori di un

---

[17] F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 84-85 in cui si annota la posizione della giurisprudenza amministrativa secondo la quale il fondatore non può riservarsi la facoltà di modificare successivamente lo statuto della fondazione, cioè che invece può fare l'organo assembleare nell'associazione rispettando le maggioranze previste dall'art. 21, comma 2, cod. civ. Nel disegno codicistico, la modifica delle tavole fondazionali è possibile esclusivamente dietro iniziativa della Pubblica Amministrazione e nei limitati casi previsti dall'art. 28 cod. civ.

[18] La qualificazione dell'amministrazione delle fondazioni come "organo servente", in contrapposizione all'amministrazione delle associazioni come "organo dominante", risale anch'essa alla tradizione pandettistica. In Italia la utilizzava già F. FERRARA sr., *Teoria*, cit., 732 ed è stata accolta poi dalla dottrina dominante (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986, 40; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2015, 350 ss.; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968., 47; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 85).

ente la cui unica ragione d'essere è quella di dare attuazione a scopi di rilevanza pubblica. Ciò che sarebbe incomprensibile, invece, se la fondazione fosse costituita allo scopo di realizzare interessi di natura privata [19] [20].

La doppia separazione tra il fondatore e la fondazione, che è separazione dagli scopi (scopi di pubblica utilità, non privatistici) e separazione dalla gestione, costituisce il punto nevralgico dell'elaborazione dogmatica tradizionale della fondazione. La dottrina ha riconosciuto nelle pur scarne disposizioni dedicate alla fondazione indici significativi di questa sua specificità disciplinare [21], che ha condotto a definire la relativa fattispecie legale in termini più rigidi di quella dell'associazione, in cui il riconoscimento di ampi spazi all'autonomia statutaria ha indotto a prevedere per la legge un ruolo marginale e di limite esterno. Da qui si è generata una divaricazione strutturale e funzionale tra due "tipi" soggettivi di ente non lucrativo, appunto associazione e fondazione, definiti da tratti caratterizzanti sensibilmente diversi e sufficientemente compiuti per ambo le figure da poterne delineare due distinte fattispecie tipiche.

Questa distinzione si è consolidata nella tradizione didattica universitaria. Ancora oggi nella manualistica più diffusa appare la distinzione tra "tipi" associativi e istituzionali o amministrativi [22], i primi connotati dalla pluralità di persone, i secondi dalla presenza di un patrimonio vinco-

---

[19] Parla in relazione a questa disposizione di un esempio di "amministrazione pubblica del diritto privato" F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 392 sottolineando anche rispetto questo profilo la differenza con la disciplina dell'associazione, che prevede controlli pubblici ma di mera legittimità, ossia volti alla protezione di interessi pubblici esterni all'ente, mentre gli interessi protetti dall'art. 25 cod. civ. sarebbero anche quelli dell'ente. L'Autore enfatizza quale ratio dell'art. 25 cod. civ. principalmente l'assenza, rispetto all'associazione, di un congegno di controlli interni sull'operato dell'organo amministrativo, che nell'assemblea (come nelle società) è demandato all'assemblea.

Per la posizione della giurisprudenza si veda principalmente TAR Lombardia, 23 giugno 2000, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 279 in cui si afferma che la posizione degli amministratori della fondazione rispetto agli atti dell'Amministrazione assunti ai sensi dell'art. 25 cod. civ. sia di diritto soggettivo, non di interesse legittimo e che sussista pertanto la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla verifica delle legittimità dell'estromissione di un amministratore della fondazione ai sensi del citato articolo. Sulle argomentazioni utilizzate in questa pronuncia e più in generale sulla rilevanza della qualificazione dell'intervento pubblico ai sensi dell'art. 25 cod. civ. si tornerà *infra*.

[20] Nonostante l'art. 25 cod. civ. sin dalla rubrica ("Controllo sull'amministrazione delle fondazioni") faccia testuale riferimento alle sole fondazioni, vi è chi ha ritenuto estensibile la relativa disciplina anche alle associazioni. In tal senso F. Ferrara jr, in F. FERRARA sr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da F. Vassalli, Utet, 1958, 353. *Contra* F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 394.

[21] Ad esempio, con riguardo all'art. 26 cod. civ., il coordinamento dell'attività e l'unificazione dell'amministrazione di più fondazioni sono ricondotti a quell'amministrazione pubblica della fondazione che si giustifica in ragione delle peculiarità dello scopo. Da un lato si riconosce che questa previsione serva per attenuare la regola dell'invalicabilità assoluta dello scopo consacrato dalle tavole fondazionali, ma dall'altro si assegna il relativo potere, nei limiti di applicazione oggettiva della disposizione in commento, all'"*autorità governativa*", tenuta al rispetto della volontà del fondatore ma solo "*per quanto è possibile*". Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, 1968, 9; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 396.

[22] Va dato atto che il termine "istituzionale" riferito agli enti non lucrativi non sempre designa enti come fondazioni o comitati. F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 82 per esempio utilizza l'aggettivo istituzionale col significato di ente o corpo sociale in genere, riprendendo il lessico utilizzato da Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 2^ed., 1946, 23 ss., 55 ss. Per l'uso tradizionale del termine istituzione come rappresentativo degli enti non associativi del libro primo (fondazioni e comitati) cfr. G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Utet, 1968, 932 ss.

lato ad uno scopo di natura pubblica[23]. Se pure si è registrato nella letteratura che si è dedicata più da vicino al tema degli enti non lucrativi e della fondazione in particolare un significativo mutamento di orientamento nella direzione dell'alleggerimento delle differenze tra i due modelli di enti personificati del libro primo (anche per via della riforma del meccanismo del riconoscimento con il d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361), ancora resiste l'immagine della fondazione come personificazione di un patrimonio destinato ad uno scopo non individuale, e la connessa indisponibilità a intravedere nelle disposizioni dedicate agli enti non lucrativi il nucleo di una disciplina generale degli enti non commerciali, siano essi associazioni, fondazioni o "*altre istituzioni di carattere privato*"[24].

3. – L'attualità di questa tradizionale visione della fondazione va verificata anzitutto analizzando il tessuto normativo, oggi non più solo contenuto nel codice civile, ma anche in plurime previsioni extracodicistiche. Si parta dall'analisi testuale dell'articolato normativo del Capo II, Titolo II del codice civile.

Emerge subito una prima specificità della fondazione sul piano della sua costituzione. Come già ricordato, essa può essere disposta ai sensi dell'art. 14 cod. civ. anche per testamento, mentre la regola generale è quella dell'atto pubblico (*inter vivos*). Inoltre, l'atto costitutivo della fondazione – e solo esso – può essere revocato nelle more del procedimento di riconoscimento ovvero nell'ipotesi in cui l'attività non sia stata ancora esercitata (art. 15 cod. civ.)[25]. Si è detto

---

[23] M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, 2016, 88 ss.; V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, Giappichelli, 2014, 129; A. Torrente, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI), Giuffrè, 2013, 159 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2016, 83; G. VISINTINI, *Nozioni giuridiche fondamentali*, Zanichelli, 2013, 69 ss. Per una rassegna delle definizioni succedutesi nel tempo con particolare riferimento alle fondazioni cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, in ID. (a cura di), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Cedam, 1988, 7 ss.

[24] L'espressione compare sia nell'abrogato art. 12 cod. civ. sia nel testo dell'attualmente vigente art. 1, comma 1, d.p.r. n. 361/2000. Nel disciplinare il procedimento di attribuzione della personalità giuridica, entrambi gli articolati normativi prevedono l'applicazione delle rispettive discipline anche ad altri enti di carattere privato a cui può dunque essere riconosciuta la personalità giuridica al pari dei due enti non lucrativi personificati espressamente previsti dalla legge.

[25] La morte del fondatore inibisce l'esercizio della revoca, non trasmettendosi il relativo diritto agli eredi (art. 15, comma 2, cod. civ.) in ragione della sua natura personale ex art. 587, comma 2, cod. civ. Ai sensi dell'ancora vigente art. 3 disp. att. cod. civ., il notaio che pubblichi un testamento in cui sia prevista l'istituzione di una fondazione deve darne notizia al prefetto, il quale può promuovere atti conservativi che giungano anche alla nomina di un "amministratore provvisorio". Questi ultimi, tuttavia, potranno impugnare l'atto di costituzione della fondazione, anche qualora la fondazione sia stata costituita per atto pubblico *inter vivos*, sia con l'azione di riduzione trattandosi certamente di atti aventi natura donativa (per lo più indiretta). In generale, i creditori del fondatore potranno impugnare l'atto di fondazione con l'azione revocatoria ordinaria per gli atti gratuiti (art. 2901 cod. civ.), dovendo però necessariamente transitare per la previa domanda di separazione ex art. 512 cod. civ. nel caso in cui l'atto fondativo rivesta la forma del testamento: diversamente non sarebbe possibile individuare il legittimato passivo. La possibilità di esercitare queste azioni era stata originariamente prevista in modo espresso dal legislatore, ma poi soppressa nella redazione finale perché ritenute precisazioni ridondanti potendosi "agevolmente desumere dai principi generali" (così Relazione al Re, n. 28). Critico su questa scelta F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 215-2016. Su questi temi nello stesso senso anche F. FERRARA, *Le persone*, cit., 243; P. RESCIGNO, *Fondazione (diritto civile)*, cit., 801; M.V. DE GIORGI, *Le persone giu-*

a tale proposito che le peculiarità del negozio di costituzione delle fondazione sarebbero in realtà ancor più consistenti: per un verso, le previsioni citate, con particolare riferimento al potere di revoca, chiarirebbero la natura necessariamente unilaterale dell'atto di fondazione, anche quando più fossero i fondatori, come nel caso delle più recenti esperienze delle c.d. fondazioni di partecipazione [26]; per altro verso, nel solo caso della fondazione, dovrebbe tenersi distinto l'atto costitutivo dall'atto di dotazione patrimoniale.

È indubbia la natura unilaterale dell'atto di fondazione nel modello tradizionale della fondazione di erogazione. Ovvia tale conclusione rispetto al testamento, ma anche con riferimento all'atto costitutivo *inter vivos* la soluzione dell'atto unilaterale appare l'unica immaginabile. Infatti, l'unico fondatore che destina beni appartenenti al suo patrimonio personale a fini altruistici non può che realizzare un negozio unilaterale nel costituire la fondazione. Diverso però si fa il ragionamento qualora si prendano in considerazione altre figure di fondazione che si sono diffuse nella prassi sin dal primo dopoguerra, come la fondazione-organizzazione in cui si è data forma giuridica l'iniziativa di una pluralità di fondatori, o di un altro ente, anche lucrativo, ad iniziative ideali di carattere culturale, di ricerca o anche ricreativo [27]. Si pensi alle già menzionate fondazioni di partecipazione, ormai pacificamente ammesse nella prassi [28], le quali assicurano ad una pluralità di soggetti che assumano l'iniziativa di fondazione la possibilità di intervento nella definizione operativa delle relative attività con la creazione di un organo deliberativo simile all'assemblea degli associati, senza peraltro che sia indispensabile un'iniziale dotazione sufficiente ad assicurare il raggiungimento degli scopi statutari e il soddisfacimento degli interessi dei futuri creditori della fondazione.

Queste figure alternative alla fondazione di erogazione, nate dall'esigenza concreta di consentire un più ampio ricorso al modello fondazionale, appannaggio un tempo solo di pochi mecenati appartenenti alle classi sociali più abbienti, si pone in forte discontinuità con il modello tradizionale di fondazione, sotto vari profili. Quello che qui interessa maggiormente evidenziare è la natura dell'atto costitutivo dell'ente. La dottrina ripropone anche per questi enti la tesi dell'atto unilaterale, ritenendo che anche laddove più siano i fondatori, la costituzione della fondazione si l'esito della sommatoria di una pluralità di atti unilaterali raccolti in un unico docu-

---

ridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, I, 2, Utet, 1982, 256. Sulla qualificazione negoziale dell'atto di fondazione la dottrina meno recente aveva espresso opinioni diverse. Cfr. R. NICOLÒ, *Negozio di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1941, 386; A. CICU, *Testamento*, Giuffrè, 1969, 172; C. GANGI, *Successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Vol. I, Giuffrè, 1947, 240.

[26] Sul fenomeno delle fondazioni di partecipazione, anche per esempi concreti tratti da statuti di fondazione, v. principalmente E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, Atti del Convegno di Studio "Le Fondazioni di Partecipazione" del 25 novembre 2006 a Firenze, La Tribuna, 2006, *passim*.

[27] Ne tratta A. PREDIERI, *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, in AA. VV., *Proposte per una disciplina legislativa delle fondazioni culturali*, Atti del convegno internazionale promosso dall'Istituto accademico di Roma, dalla Fondazione Cini e dalla Fondazione Olivetti, Christen, 1967, 117 ss. a cui si deve il conio della sua definizione.

[28] E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni*, cit., *passim*.

mento [29], che necessariamente implica la forme dell'atto pubblico *inter vivos* stante il divieto di testamento congiuntivo ex art. 589 cod. civ e dunque l'impraticabilità della soluzione dell'atto *mortis causa*.

La tesi della sommatoria di atti unilaterali consegna una serie di perplessità. *In primis* non è chiaro quale sia il vincolo giuridico (se ve ne sia uno) tra gli atti unilaterali dei singoli fondatori. Dovrebbe quantomeno essere ipotizzato un vincolo funzionale reciproco tale da poter condizionare validità ed efficacia dell'uno rispetto agli altri. Non è chiaro poi come si possa garantire, se non in via di mero fatto, che gli scopi dei singoli atti fondativi siano convergenti, che essi siano diretti a costituire un unico ente e non una pluralità di enti, che le regole statutarie coincidano perfettamente, e come si riesca ancor prima ad immaginare un ente creato contemporaneamente da più atti fondativi, con uno statuto che sia il frutto del contributo separato di diversi atti negoziali.

Un artificio potrebbe essere quello di ritenere che l'atto di fondazione sia realizzato da un solo fondatore e che gli altri vi aderiscano separatamente, oppure utilizzando il non agevole paradigma della fondazione fiduciaria. Non si uscirebbe così dallo schema dell'atto unilaterale di fondazione, riconducibile a quello proprio della fondazione di erogazione, ma verrebbe meno il presupposto essenziale della costituzione di queste fondazioni, ossia l'unità d'intenti dei fondatori, così da rendere questa soluzione, appunto, un artificio [30].

Non vi è ragione per non ritenere, allora, che in tal caso si sia di fronte ad un contratto di fondazione, come nel caso dell'associazione. Questa soluzione, che meglio aderisce alla realtà economico-sociale delle fondazioni con pluralità di fondatori, non è contraddetta dall'art. 14, comma 1, cod. civ., che non si occupa della natura dell'atto costitutivo (unilaterale/contrattuale), ma esclusivamente della sua forma (atto pubblico). Il comune proposito di dar vita ad un ente non lucrativo, di contribuire alla dotazione patrimoniale, alla definizione degli scopi da raggiungere e delle regole che governeranno l'attività necessaria per raggiungere quegli scopi, di concordare eventualmente la creazione di un organo di rappresentanza, diretta o indiretta, in seno all'organizzazione dell'ente, di precisarne il ruolo e l'equilibrio funzionale rispetto all'organo amministrativo, e così via, trova tipicamente nel contratto di organizzazione la forma giuridica più adeguata.

Del resto, l'attenzione posta in questi casi dagli statuti al momento organizzativo della fondazione rispetto a quello patrimoniale richiede che si pongano regole certe e condivise sull'articolazione funzionale, con reciproco impegno al rispetto della disciplina organizzativa e degli impegni patrimoniali, il tutto incompatibile con la solitudine di tanti separati atti unilatera-

---

[29] L'opinione risale a studi e riflessioni precedenti all'entrata in vigore del codice civile vigente. Cfr. F. FERRARA sr., *Le persone*, cit., 234; V.M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Cedam, 1935, 98.

[30] Problemi non secondari si potrebbero comunque configurare in concreto, come per il caso in cui l'originario fondatore non consentisse poi l'adesione degli altri "promotori" della fondazione, o non rispettasse il mandato fiduciario ricevuto.

li quanti sono i fondatori. Se poi si consideri che la struttura di queste particolari fondazioni è aperta, nel senso che viene data possibilità ad altri soggetti di aderire alla fondazione apportando adeguato sostegno economico all'attività, il modello del contratto di organizzazione si dispone a risolvere in modo del tutto soddisfacente il tema della forma giuridica dell'atto (di costituzione prima, e poi) di adesione.

Si potrebbe obiettare che una fondazione costituita per contratto renderebbe illogica la previsione dell'art. 15 cod. civ. relativa alla revoca della fondazione. Una simile obiezione proverebbe troppo. La citata previsione presuppone cenrtamente che l'atto fondativo sia unilaterale, poiché il potere unilaterale ed indiscriminato di revocare l'atto di fondazione non avrebbe senso qualora la fondazione fosse costituita per contratto. Ma il fatto che l'art. 15 cod. civ. si applichi alle fondazioni costituite per atto unilaterale definisce solo il suo ambito soggettivo di applicazione, non esclude di per sé che possano essere costituite fondazioni per contratto. In tale ultima evenienza l'art. 15 cod. civ. non troverà applicazione, come del resto si ricava dall'utilizzo dell'espressione sempre al singolare di "*fondatore*" nel testo dell'articolo. In altre parole, l'art. 15 cod. civ. non è una norma che definisca la fattispecie costitutiva della fondazione; è solo l'art. 14 cod. civ. ad occuparsene, e dal tenore letterale di questa disposizione si traggono, come ricordato, solo indicazione generali sulla forma degli atti costitutivi di associazioni e fondazioni, che può attagliarsi allo stesso modo ad atti unilaterali come a contratti [31].

La qualificazione dell'atto costitutivo della fondazione come atto necessariamente unilaterale è solo un retaggio della tradizionale configurazione della fondazione come fondazione di erogazione, oggi peraltro ipotesi vieppiù recessiva e confinata entro ipotesi fenomenologiche limitate [32]. Non vi sono dati testuali che escludano la costituzione di fondazioni con una pluralità di fondatori, né che limitino la costituzione della fondazione all'utilizzo di negozi unilaterali. Per di più, dottrina e giurisprudenza tendono comunque ad applicare all'atto di fondazione le norme che regolano i contratti, in quanto compatibili [33], il che conforta ulteriormente l'assunzione che non vi siano divieti di diritto positivo alla creazione di fondazioni per contratto.

Sempre in tema di atto costitutivo, un ulteriore piano di distinzione tra associazioni e fondazioni riguarda il meccanismo della dotazione della fondazione. Tradizionalmente in materia di costituzione della fondazione si usa distinguere tra il negozio di fondazione propriamente detto e l'attribuzione patrimoniale a favore dell'ente funzionale a costituirne la dotazione necessaria per raggiungere lo scopo.

---

[31] Del resto le frequenti ipotesi di fondazioni costituite per legge (su cui si tornerà *infra*) rimarcano la neutralità del modello costitutivo della fondazione rispetto ad un "tipo" costruito sull'archetipo dell'atto unilaterale.

[32] Ne discute A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e delle istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1969, 1117 ss., ove si rileva che le fondazioni di erogazione già all'epoca in cui l'Autore scriveva si presentavano come modello utilizzato fondamentalmente per le fondazioni-biblioteche o fondazioni-musei.

[33] V. SCALISI, *Le fondazioni: A) il negozio di fondazione. La distinzione tra associazioni e fondazioni e l'abuso della personalità giuridica,* in *Casi e Questioni di Diritto Privato*, Diretto da M. Bessone, I, 1993, 449; R. SENIGAGLIA, *Fondazione*, cit., 517.

L'enfasi sul requisito patrimoniale nella fondazione è il portato della concezione della fondazione quale patrimonio destinato ad un scopo. Dovendo dotare la fondazione di un patrimonio idoneo a raggiungere gli scopi statutari, tale da consentire all'istituendo ente di operare per il raggiungimento dei suoi scopi, è necessario che il trasferimento della dotazione patrimoniale dal fondatore alla fondazione avvenga attraverso un atto la cui identificazione sia inequivoca. La specifica funzione dell'atto di dotazione, intimamente connesso all'atto di fondazione ma al contempo destinatario di una particolare attenzione quanto alla sua esatta qualificazione giuridica, ha condotto la dottrina maggioritaria a ritenerlo un atto distinto dall'atto di fondazione, sia pure funzionalmente collegato ad esso [34]. Secondo questa impostazione, con l'atto costitutivo si crea il nuovo centro di imputazione giuridica, e così, una volta che sia possibile instaurare una relazione giuridica tra il fondatore e l'ente, può realizzarsi il trasferimento a titolo gratuito della dotazione patrimoniale in favore della già costituita fondazione. Il trasferimento acquista così la fisionomia di una donazione, se la dotazione avviene per atto *inter vivos*, o diversamente di un legato o di un'istituzione di erede.

Altra parte della dottrina ritiene invece che la dotazione patrimoniale sia un tutt'uno con l'atto di fondazione: sebbene nella prassi accada che l'atto di dotazione segue e sia contenuta in un documento separato rispetto all'atto di fondazione, l'uno e l'altro si presentano come negozio unitario [35]. In questa prospettiva l'attribuzione patrimoniale non assume un'autonoma rilevanza causale come donazione, legato o istituzione di erede, bensì ripete la propria causa nell'atto di fondazione, di cui costituisce parte integrante. La scomposizione in due atti di fondazione e dotazione appare una forzatura, che sarebbe frutto dell'abitudine dei giuristi a "*ricondurre alla tipologia giuridica tradizionale le figure da essa difformi*" [36]. Fondazione dell'ente e dotazione sono invece elementi costitutivi di una fattispecie legale tipica [37].

Quale sia l'opzione interpretativa che si preferisca, la questione non sembra porre problemi

---

[34] F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, 1957, 283; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffrè, 1954, 10; C.M. BIANCA, *Diritto Civile. 1: La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, 2002, 309; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 801; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2017, 169.

[35] V.M. ROMANELLI, *Il negozio*, cit., 91¸ F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 203 ss.

[36] F: GALGANO, *Delle persone*, cit., 205.

[37] La posizione della giurisprudenza è stata tradizionalmente favorevole alla tesi della separazione causale tra costituzione e dotazione. Cfr. Cass., 10 luglio 1984, n. 4024, in *Massim. Foro it*., 1984; Cass., 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch. Civ*., 1997, 616; Cass., 18 ottobre 1960, n. 2785, in *Foro amm*., 1961, II, 49. Più recenti arresti giurisprudenziali, invece, mostrano aperture alla diversa tesi della unicità negoziale e causale: cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24813, in *Riv. not*., 2009, 679, in cui la Suprema Corte prende posizione sul superamento del previo indirizzo interpretativo: "La netta bipartizione, operata nella dottrina e nella giurisprudenza risalenti, tra l'atto di fondazione, diretto alla creazione di un nuovo soggetto di diritto, e l'atto di dotazione patrimoniale in favore dello stesso, costituente il contenuto tipico del testamento, ha lasciato spazio, nelle elaborazioni successive, ad una diversa ricostruzione del fenomeno, caratterizzata da una sostanziale inscindibilità fra i due momenti". In tal senso una recente pronuncia della Suprema Corte (Cass., 10 maggio 2017, 16409, in *Giust. Civ. Mass*. 2017) la quale, ripercorrendo gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema, opta per la tesi unitaria e nega la natura di atto donativo alla costituzione della fondazione, a cui viene attribuita causa autonoma.

diversi dal conferimento patrimoniale dell'associato rispetto al contratto associativo. Nonostante il dibattito sulla dotazione patrimoniale dell'ente come atto separato dalla sua costituzione abbia riguardato fondamentalmente la sola fondazione, anche nel caso dell'associazione si pone analogo quesito: creare un soggetto nuovo in uno con la sua dotazione patrimoniale o prima costituire l'ente e quindi conferire le quote associative dopo la sua generazione. In entrambi i casi vi è l'esigenza della sufficienza ed adeguatezza del patrimonio rispetto agli scopi statutari.

La legge, in realtà, non si occupa della dotazione patrimoniale come atto. L'art. 16 cod. civ. menziona tra i contenuti di atto costitutivo e statuto "*l'indicazione* […] *del patrimonio*" così lasciando intendere che la consistenza qualitativa e quantitativa della dotazione patrimoniale deve essere chiaramente indicata già nell'atto costitutivo, ma non dedica attenzione al meccanismo giuridico attraverso il quale avviene in concreto la separazione e reintestazione della massa patrimoniale in favore dell'ente, sia esso fondazione o associazione. In ambo i casi, però, deve emergere con altrettanta chiarezza il rapporto funzionale e di adeguatezza della dotazione rispetto allo scopo. Infatti l'art. 1, comma 3, d.p.r. 361/2000 annovera tra le condizioni di rilascio della personalità giuridica che "*il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo*".

Considerando che il richiedente deve allegare alla domanda di riconoscimento una copia autentica dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 1, comma 2, d.p.r. 361/2000), si trae conferma della necessità che già nelle tavole fondazionali sia illustrato ogni aspetto relativo alla dotazione patrimoniale: identità, valore, adeguatezza al raggiungimento dello scopo. Ma ancora una volta non si trovano disposizioni normative che si occupino dell'atto di dotazione in quanto tale.

Se dall'analisi dell'atto si passi ad osservare la funzione da esso svolta rispetto al completamento della fattispecie costitutiva, l'atto – comunque qualificato – con il quale il fondatore provvede alla destinazione di quella parte del patrimonio personale già espressamente individuata nelle tavole fondazionali va inteso come atto esecutivo del programma statutario[38]. Sia nel caso dell'associazione che in quello della fondazione, qualora la dotazione non sia contestale alla costituzione dell'ente, deve comunque realizzarsi l'effetto traslativo in favore dell'ente, che deve essere dotato in concreto delle risorse già indicate nello statuto e anche in ragione delle quali è stata conferita la personalità giuridica all'ente. In ciò l'atto di dotazione della fondazione è in tutto e per tutto corrispondente al conferimento patrimoniale dell'associato: in entrami i casi si tratta di un adempimento negoziale dell'impegno assunto con l'atto costitutivo o con il successivo atto di adesione. Le norme applicabili sono le medesime e non vi sono indici normativi che legittimino una diversa considerazione della dotazione patrimoniale della fondazione rispetto a quella dell'associazione.

La diversa consistenza patrimoniale tra il contributo associativo e la dotazione di fondazione e la possibilità di costituire fondazioni per via testamentaria hanno comprensibilmente generato una linea di discussione e una prassi differenziata; ma la qualificazione giuridica dell'atto di

[38] Tant'è che anche coloro che difendono la tesi della separazione causale non mancano di evidenziare la stretta complementarietà tra i due negozi. Si vedano gli Autori citati *supra* alla nota 34.

conferimento/dotazione rispetto al completamento della fattispecie costitutiva è la medesima, identiche essendo le disposizioni applicabili al riguardo.

4. – Si prenda ora in considerazione il requisito dello scopo, ed in particolare la sua configurazione tradizionale come scopo di pubblica utilità[39]. Si è già accennato a quanto tale qualificazione dello scopo abbia rivestito storicamente un ruolo essenziale nell'elaborazione della figura della fondazione. Vincolare l'esistenza stessa della fondazione al perseguimento di uno scopo non semplicemente non lucrativo, ma specificamente pubblico, era la condizione necessaria per legittimare l'esistenza delle fondazioni in uno Stato che avocava a sé il controllo delle attività volte a soddisfare i bisogni della collettività. Il percorso di "normalizzazione" della fondazione nel contesto politico-culturale dello Stato ottocentesco e primo novecentesco doveva transitare attraverso la pubblicizzazione delle formazioni sociali che si ponessero come obiettivo il perseguimento di interessi non lucrativi, altruistici.

La parabola del processo di statalizzazione delle attività di tutela, promozione e protezione degli interessi generali comincia a mutare traiettoria quando entra in crisi la capacità dello Stato di farsi tutore e unico artefice degli interventi in campo sociale, culturale, assistenziale ed educativo. Nella seconda metà del '900 si assiste al venire meno dell'unità ed organicità della dell'interesse generale e quindi della pubblica utilità; aumenta la richiesta di servizi di pubblica utilità con l'avvento del *Welfare State*, ma lo Stato da solo non è più in grado di fornire adeguate risposte alle esigenze di una collettività generale diventata società pluralista. E la Carta costituzionale ha fornito la definitiva consacrazione del pluralismo non solo degli interessi, che si traducono il libertà e diritti fondamentali, ma anche delle formazioni sociali in cui si realizza la soddisfazione delle esigenze dei consociati[40]. Formazioni sociali che si generano quale aggregazione spontanea per assecondare la comune esigenza di una collettività di persone che per il tramite di queste articolazioni sociali si integrano nel corpo sociale.

I corpi intermedi non sono più, dunque, un minaccia per lo Stato, ma una risorsa per la collettività, ed in un certo senso anche per l'Amministrazione Pubblica per via della croniche difficoltà a far fronte con proprie risorse economiche all'erogazione di servizi per la collettività. Lo Stato non sottopone a vigilanza questi enti, ma al contrario oggi ne promuove la costituzione e

---

[39] Un'efficace rassegna della posizioni dottrinali e giurisprudenziali si ritrova in D. PREITE, *Lo scopo negli enti del primo libro del codice civile: nuovi sviluppi in dottrina e giurisprudenza*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti «non profit» in Italia*, Cedam, 1994, 285 ss. Per una rassegna degli orientamenti della giurisprudenza, tradizionalmente attestata su posizioni analoghe a quelle della dottrina, cfr. V. SCALISI (a cura di), *B) Lo scopo della fondazione. Le fondazioni di famiglia. Impresa di fondazione e fondazioni d'impresa*, in *Casi e questioni di diritto privato*, diretto da M. Bessone, cit., 462 ss.

[40] P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, 1966, 58 ss.; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, 1989, 119 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Giuffrè, 1989, 16 in cui viene segnalato il nesso essenziale tra il riconoscimento e la garanzia delle formazioni sociali in Costituzione e il libero sviluppo della personalità individuale e collettiva.

sostiene l'attività, anche in ottica di collaborazione con il sistema pubblico[41]. È così maturata la consapevolezza che alcuni bisogni sociali possono trovare soddisfazione solo nel contesto di una iniziativa privata, "*che lo Stato non impone, ma si limita a sollecitare attraverso una politica di incentivi, realizzata generalmente garantendo la deduzione fiscale dei contributi liberali*"[42].

In una società pluralista è difficile allora individuare l'interesse generale e quindi dare un significato inequivoco alla "pubblica utilità"[43]. Il ruolo delle istituzioni private, la loro configurazione ed organizzazione, non può che rispecchiare questo radicale mutamento di prospettiva. Esse non sono più veicolo di iniziativa privata ma di indole pubblica al raggiungimento di interessi generali di responsabilità statuale, ma soggetti a cui viene rimessa la libera iniziativa di svolgere funzioni sociali al di fuori di un percorso tracciato dai pubblici poteri, i quali si limitano semmai ad incoraggiare la costituzione di tali enti tramite la leva fiscale, ma nel rispetto dell'iniziativa dei privati[44]. La solidarietà sociale non è più una funzione esclusiva dello Stato, ma un obiettivo anche dei privati che lo Stato oggi incoraggia a perseguire e le cui traiettorie i privati possono tracciare liberamente nel rispetto dei confini di legittimità stabiliti dal legislatore[45].

La definizione degli scopi della fondazione, allora, debbono essere ridefiniti alla luce di questi nuovi parametri politico-sociali e costituzionali, che gettano nuova luce sul dato normativo primario e secondario in materia di fondazioni.

Se si analizza il dato normativo, non vi è traccia del requisito della pubblica utilità. A ben vedere nessuna norma si sofferma sulla natura o sui caratteri che deve rivestire lo scopo della fondazione (esattamente come accade nel caso dell'associazione). Serve allora verificare se, ciononostante, il requisito della pubblica utilità dello scopo della fondazione possa essere ricavato dal sistema.

L'art. 12 cod. civ. prevedeva per fondazioni, associazioni e le altre istituzioni di carattere privato[46] l'acquisto della personalità giuridica per il tramite di un decreto del Presidente della Repubblica. Nonostante il testo normativo non facesse menzione del tipo di procedimento amministrativo, si è ritenuto anche per analogia con altri simili poteri attribuiti al Capo dello Stato che il procedimento

---

[41] M BASILE, *Associazioni e fondazioni: novità legislative e problemi aperti*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti*, cit., 20.

[42] A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 45 ove si trovano approfondimenti bibliografici ulteriori anche di letteratura straniera.

[43] Dubitava della stessa possibilità di poter ancora parlare di autentico interesse generale M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 597.

[44] Segnala questo cambiamento radicale N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 823 ss.

[45] Sul mutamento di prospettiva della solidarietà sociale nel diritto contemporaneo cfr. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè 2002; S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, 525 ss.; S RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, *passim*.

[46] Parla in tal senso di categoria "aperta" per gli enti riconoscibili F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 160.

fosse di natura concessoria[47] e comportasse quindi una valutazione di merito da parte della Pubblica Amministrazione connotata da ampia discrezionalità. Il legislatore del codice civile aveva scelto dunque per gli enti del libro primo un sistema (concessorio) diverso da quello (normativo) previsto per le società. Il decreto concessorio aveva natura costitutiva[48] e, ai sensi dell'art. 33 cod. civ., esso veniva poi annotato nel registro delle persone giuridiche con valore di pubblicità dichiarativa.

La storia dell'applicazione del sistema concessorio testimonia che l'Amministrazione abbia in concreto utilizzato i poteri discrezionali di cui all'art. 12 cod. civ. in modo penetrante. La mancata predeterminazione normativa dei requisiti in relazione ai quali decidere del rilascio o meno della personalità giuridica alimentava l'esercizio di un potere che si estendeva a valutare caso per caso la stessa opportunità del rilascio della personalità giuridica[49], ed ha sollevato critiche in dottrina, sia per l'utilizzo della discrezionalità amministrativa in modo spesso arbitrario e scarsamente prevedibile, sia con riguardo ai tempi molto lunghi di completamento del procedimento[50].

Con la riforma introdotta dal d.p.r. n. 361/2000[51], abrogato l'art. 12 cod. civ., il riconoscimento è oggi regolato dall'art. 1, comma 3, del citato decreto, il quale prevede che "*Ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo*". Si è aperto un dibattito in dottrina sulla natura del nuovo procedimento di riconoscimento, ossia se esso abbia semplificato il procedi-

---

[47] Sulla natura dell'atto amministrativo di riconoscimento/rilascio della personalità giuridica cfr. C. MAIORCA, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Tip. Michele Montaina, 1933; E. TOSATO, *Il riconoscimento degli enti morali nella teoria degli atti amministrativi*, Cedam, 1933; E. BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 910, che definisce "discrezionalità politica" la natura dei poteri di concessione della personalità giuridica agli enti privati del libro primo del codice civile.; G. MOTZO, E. DE MARCO, M. FRANCHINI, U. ROSSI MERIGHI, *Le competenze amministrative del Presidente della Repubblica*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Cedam, 1990, 80.

[48] Cons. St., 24 aprile 1987, n. 283, in *Cons. St.*, 1987, I, 627. La dottrina maggioritaria era concorde. *Contra* F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 186.

[49] G. DI MARTINO, *Commento all'art. 1 D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361*, in Commentario del Codice Civile, diretto da E. Gabrielli, *Delle persone. Leggi collegate*, Utet, 2013, 549 ss.; A. AURICCHIO, *Associazioni riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, 873 ss.; G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, cit., 1035 ss; G. PONZANELLI, *La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del libro primo del codice civile*, in *Foro it.*, 2001, V, 47 ss.; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 170 ss.

In giurisprudenza cfr. Cons. St., 15 novembre 1995, n. 2835, in *Cons. St.*, 1997, I, 1156; Cons. St., 7 giugno 1995, n. 1342, in *Cons. St.*, 1995, I, 1635; Cons. St., 4 maggio 1994, n. 759, in *Cons. St.*, 1994, I, 1849; Cons. St., 13 ottobre 1993, n. 385, in *Foro Amm.*, 1994, 2153; Cons. St., 16 aprile 1980, n. 257, in *Cons. St.*, 1982, I, 600; Cons. St., 26 novembre 1980, n. 569, in *Cons. St.*, 1982, I, 1184; Cons. St., 27 luglio 1979, n. 178, in *Cons. St.*, 1981, I, 361.

[50] G. PONZANELLI, *La nuova disciplina*, cit., 46; M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti regolati nel primo libro cod. civ. Commentario*, in *Nuove Leg. Civ. Comm.*, 2000, 1327; A. ZOPPINI, *Riformato il sistema*, cit., 295.

[51] La letteratura che si è occupata della riforma del sistema dei controlli pubblici applicati agli enti del libro primo del codice civile è molto ampia. Oltre agli Autori citati nella nota precedente, cfr. M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche. D.p.r. 10 febbraio 2000*, n. 361, Ipsoa, 2001; M. V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in *Studium iuris*, 2000, 499 ss.

mento senza però mutarne il carattere concessorio [52], o se invece abbia introdotto un sistema normativo [53], analogo a quello originariamente elaborato nel nostro codice civile per l'attribuzione della personalità giuridica alle società. Muta in ogni caso il ruolo dell'Amministrazione Pubblica, che non è più quello di valutare l'opportunità dell'attribuzione della personalità giuridica, ma solo di verificare il rispetto dei requisiti formali prescritti all'art. 1, comma 3. d.p.r. n. 361/2000 [54]. Con il passaggio ad un sistema di controlli di mera legittimità, si è dunque perduto definitivamente il carattere storico-politico che il riconoscimento pubblico aveva assunto sino alla compilazione del codice civile del 1942, dissolvendosi assieme all'ostilità per i corpi intermedi, per le formazioni sociali diverse dallo Stato, per le fondazioni in particolare.

Ebbene, l'introduzione del nuovo regime ha portato ulteriori argomenti contro il necessario perseguimento di scopi di pubblica utilità per le fondazioni. Mentre la *ratio* del sistema concessorio era espressione di un *placet* agli enti che perseguissero fini coerenti con quelli dell'ordinamento, tra i requisiti in presenza dei quali oggi l'ordinamento giuridico conferisce il crisma della personalità giuridica agli enti privati, il citato art. 1, comma 3, d.p.r. 361/2000 richiede esclusivamente la possibilità e liceità in relazione allo scopo [55]. In coerenza con la libertà fondamentale di associazione proclamata all'art. 18 Cost. e più in generale con il riconoscimento e la promozione delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., per conseguire l'iscrizione al registro delle persone giuridiche non viene imposto alcun obbligo conformativo riguardo allo scopo (né riguardo ad altri contenuti dell'atto costitutivo o dello statuto). Coerentemente la novella del 2000 non ha previsto un il controllo pubblico dei requisiti per l'attribuzione della personalità giuridica, avendo abolito ogni discrezionalità amministrativa su di esso. La stessa espressione normativa, nell'evidenziare l'ovvio e cioè che lo scopo dell'ente riconoscendo debba essere possibile e lecito, non avrebbe altro significato se non quello di chiarire in senso negativo il dubbio sulla persistenza del requisito della pubblica utilità dello scopo [56]. Troverebbe così testuale conferma il riconoscimento della libertà del fondatore di determinare gli scopi statutari a suo piacimento, perseguendo anche interessi egoistici ed economici, accanto quelli altruistici ed ideali, che parte della dottrina aveva segnalato utilizzando l'espressione "*scopi ego-altruistici*" [57].

---

[52] C.M. BIANCA, *Diritto*, cit., 329, M.V. DE GIORGI, *Delle persone giuridiche*, cit., 96; R. SENIGAGLIA, *Fondazione*, cit., 515.

[53] Soluzione largamente preferita in dottrina. Per tutti cfr. F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 158 ss.

[54] L'iscrizione nel registro delle persone giuridiche acquista valenza di pubblicità costitutiva, non più dichiarativa come in passato. Cfr. M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento*, cit., 1334 s.; M. STALTERI, *Registro delle persone giuridiche*, in M.V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI, *Il riconoscimento*, cit., 89.

[55] Va segnalato che talora le Amministrazioni prefettizie e regionali, oggi competenti per l'iscrizione nei registri delle persone giuridiche, e la giurisprudenza amministrativa interpretano la "liceità" dello scopo in modo più ampio della mera conformità a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Ne tratta G. DI MARTINO, *Commento*, cit., 560 in relazione a TAR Piemonte, 25 luglio 2002, n. 1149 e TAR Lazio-Roma, 23 febbraio 2009, n. 1847; V. G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni in Italia e all'estero*, Cedam, 1989, 11 ss.

[56] In tal senso A. ZOPPINI, *Riformato il sistema*, cit., 296.

[57] L'espressione si trova in D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione: evoluzione*

Questa interpretazione riduce sensibilmente le distanze tra la fondazione e l'associazione: anche alla prima va riconosciuta la possibilità di perseguire una gran varietà di scopi, anche di carattere personale, e non solo di pubblica utilità. È stato rilevato, a contrario, che il riconoscimento della libera determinazione di scopi statutari, anche di indole personale, collida con il carattere essenziale della tipologia della fondazione, ossia la destinazione del patrimonio di destinazione ad un fine specifico. Poiché un vincolo di tal genere avrebbe carattere eccezionale in ragione della sua diversione dai principi di libera circolazione della ricchezza e del libero sfruttamento dei fattori della produzione, dovrebbe considerarsi ammissibile la fondazione solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità [58]. A supporto di questa tesi viene invocato un principio di necessario perseguimento di fini di pubblica utilità tratto dall'analisi di norme che sono contenute in disposizioni che stanno fuori dal Capo II del libro primo del codice civile, come l'art. 699 cod. civ. in materia di sostituzione fedecommisaria [59]. La norma, sovente invocata per limitare il particolare l'ammissibilità di fondazioni di famiglia [60], consente che per disposizione testamentaria possa essere legittimamente prevista l'erogazione di prestazioni periodiche, anche perpetue, solo in alcuni casi specifici e, più in generale, "*per altri fini di pubblica utilità*". Questa disposizione, per quanto pacificamente inapplicabile alle fondazioni, evidenzierebbe l'esistenza di un principio, appunto, di necessaria presenza di un fine di pubblica utilità quale giustificazione per il sacrificio del principio di libera circolazione della ricchezza [61].

Questa argomentazione, oggi ancor più di un tempo, non appare condivisibile. Come è stato notato, l'art. 699 cod. civ. si occupa di una fattispecie sensibilmente diversa da quella della fondazione per poter trarre argomenti di carattere generale che accomunino le due ipotesi; la *ratio* di questa norma sta nel rendere possibile attribuzioni *mortis causa* che altrimenti non sarebbero possibili ai sensi dell'art. 462 cod. civ., trattandosi di soggetti incapaci di succedere al momento dell'apertura della successione [62]. Più in generale, le norme che limitano l'apposizione di vincoli

---

della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 301 ss., ma in precedenza era stata già utilizzata, sia pure in un diverso contesto, da W. BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Cedam, 1948, 66. Nella stessa direzione G. MARICONDA, A.A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in AA. VV. *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, vol I., Giuffrè, 1990, 37 ss.; G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Giuffrè, 1984, 178; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 55 ss.

[58] Così F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 225 ss.

[59] Ma a volte vengono invocate previsioni ulteriori, tutte accomunate dal disfavore legislativo per l'apposizione di vincoli di non breve durata all'utilizzo di beni, come gli artt. 796 979 cod. civ. che contengono i termini massimi di durata dell'usufrutto, o gli artt. 692, comma 3, e 1379 cod. civ. a proposito di limiti di lunga durata al diritto di proprietà.

[60] Sul tema si tornerà diffusamente *infra* al paragrafo 8.

[61] Si è anche sostenuto che la fondazione potrebbe costituire un *escamotage* per aggirare il divieto di sostituzione fedecommissaria (art. 692 cod. civ.). Non si può certo escludere che ciò possa accadere in concreto, ma allora parleremmo di un'ipotesi di abuso della fondazione, quindi un uso "patologico" dell'istituto da valutare caso per caso e in concreto. Altro invece è ritenere che una fondazione che non persegua fini di pubblica utilità per ciò stesso, e quindi con valenza universale, violi il divieto di sostituzione fedecommissaria.

[62] Così M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Artt. 679-712*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1965, p. 424 ss.

prolungati alla circolazione di beni sono pensati in ragione delle conseguenze negative in termini di utilizzo efficiente delle risorse economiche; ciò che non necessariamente accade nel caso di patrimoni destinati al raggiungimento degli scopi di una fondazione [63].

Peraltro, la difesa del requisito della pubblica utilità degli scopi della fondazione in ragione della supposta esistenza di un principio di diritto positivo di segno contrario, parte da una petizione di principio, ossia che la fondazione realizzi un'eccezionale ipotesi di "immobilismo" patrimoniale lecita solo in ragione del carattere pubblico dello scopo. Ancora una volta la raffigurazione storica della fondazione influenza la ricostruzione teoria dell'istituto. Non vi è alcuna previsione normativa, né dentro né fuori dal Capo II del libro primo del codice civile, che imponga la destinazione della dotazione della fondazione al perseguimento in perpetuo dello scopo fondazionale, così come non sussiste alcun divieto di modificare lo scopo e la dotazione patrimoniale della fondazione. Gli studi sulle fondazioni di partecipazione [64] dimostrano che non sia in contrasto con alcuna previsione normativa l'elaborazione di statuti di fondazioni in cui possa essere prevista la modifica della dotazione patrimoniale nel tempo o la sua costituzione progressiva anche per il tramite di rendite o investimenti operati dalla stessa fondazione e poi incamerati a titolo di capitale [65].

Del resto, è dubbio che si possa ancora sostenere che un vincolo di destinazione patrimoniale sia una discontinuità dal sistema attuale del diritto positivo. Negli ultimi decenni si sono moltiplicate le ipotesi legislative di vincoli di destinazione patrimoniale (si pensi ai patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex* art. 2447-*bis* cod. civ. e agli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex* art. 2645-*ter* cod. civ.), così come hanno passato il vaglio di compatibilità con l'ordinamento interno soluzioni negoziali provenienti da esperienze straniere (primo tra tutti il *trust*) o sulla cui ammissibilità erano state espresse perplessità (come nel caso delle intestazioni fiduciarie di beni o di quote sociali). Invero in alcuni di questi casi la destinazione patrimoniale è ammessa in funzione del raggiungimento di fini meritevoli di tutela, ma non in tutti i casi, come nel *trust* o nell'intestazione fiduciaria, e comunque i fini di tutela non sono qualificabili necessariamente a protezione di pubblici interessi [66].

Altro argomento opposto all'ammissibilità di scopi di fondazione non di pubblica utilità è tratto dall'art. 31, comma 2, cod. civ., ed in particolare dalla previsione in base alla quale, in caso di mancanza di una scelta statutaria sulla destinazione dei beni del patrimonio dell'ente al

---

[63] Interessanti le riflessioni in tal senso di G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 314.

[64] Principalmente E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni*, cit., *passim*.

[65] Sicché, se anche si potesse ricavare in via interpretativa dal sistema un divieto di destinazione perenne di una dotazione patrimoniale al raggiungimento di uno scopo fondativo non di carattere pubblico, la conseguenza sarebbe il diniego di iscrizione al registro delle persone giuridiche della singola fondazione che prevedesse l'immobilizzazione perenne della dotazione patrimoniale (ponendo, ad esempio, un vincolo assoluto di indisponibilità di un bene della dotazione). Ma gli statuti delle fondazioni – ed è questo il punto – potrebbero non prevedere un vincolo di tal genere, e così si sottrarrebbero al pericolo di vedersi negato il conferimento della personalità giuridica.

[66] Si pensi anche al caso del fondo patrimoniale, che realizza un vincolo di destinazione patrimoniale nell'interesse della famiglia, e dunque nel perseguimento di interessi certo non egoistici ma non di utilità sociale.

termine della fase di liquidazione, il patrimonio delle associazioni e fondazioni vada devoluto "*ad altri enti che hanno fini analoghi*"[67]. Questa previsione sancirebbe il divieto della devoluzione dei beni della fondazione a persone fisiche, compreso il fondatore. Si aggiunge che anche l'art. 28, comma 2, cod. civ., nel prevedere che l'autonomia statutaria possa impedire la trasformazione della fondazione come alternativa alla sua estinzione quando sia stabilita la "devoluzione dei beni a terze persone", si troverebbe conferma dell'intenzione del legislatore di non consentire che i beni di dotazione della fonazione rientrino in possesso del fondatore o dei suoi eredi. La ragione di tale previsione risiederebbe proprio nella pubblica utilità dello scopo della fondazione.

Questa opinione non tiene nella dovuta considerazione che, tanto la devoluzione ad enti con fini analoghi (art. 31, comma 2, cod. civ.), quanto la devoluzione dei beni a terze persone (art. 28, comma 2, cod. civ.), sono opzioni che l'autonomia statutaria del fondatore può liberamente decidere di non adottare. Così, la devoluzione ad enti con fini analoghi ricorrerà solo se non sia stato diversamente disposto dal fondatore, il quale potrà disporre anche eventualmente il rientro della dotazione nel suo patrimonio; la devoluzione a terzi come alternativa allo scioglimento della fondazione è rimessa alla volontà del fondatore, che può anche esprimersi diversamente[68]. Si è replicato che in realtà l'autonomia statutaria dovrebbe essere limitata all'individuazione degli enti a cui destinare i beni residui della fondazione[69], ma non vi è ragione fondata sul diritto positivo per sostenere un'interpretazione così restrittiva. Del resto, la stessa sottolineatura del riferimento ad altro ente, e non anche ad una persona fisica, ha una limitata rilevanza pratica se si considera che nulla vieta che le fondazioni siano costituite dietro iniziativa di una società o di un'altra fondazione, e quindi da una persona giuridica. La terzietà nella devoluzione dei beni della fondazione è dunque una soluzione che il legislatore contempla perché ritiene "compatibile" con la natura dell'ente, ma non la impone, riservando al contrario un ruolo centrale all'autonomia statutaria. La diversa opinione, invece, sembra invertire la logica del ragionamento, partendo dal dogma dell'utilità sociale degli scopi per negare che sia possibile la restituzione dei beni della fondazione al fondatore o ai suoi eredi, che invece è la tesi da dimostrare.

Anche il riferimento alla "scarsa utilità" dello scopo che l'art. 28, comma 1, cod. civ. menziona come causa di possibile estinzione o trasformazione della fondazione è stato additato in dottrina quale indice normativo della necessaria pubblica utilità degli scopi della fondazione. Ancora una volta l'argomentazione prova troppo. Il legislatore parla di scarsa utilità, non di

---

[67] F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 366 in cui l'Autore contesta la posizione contraria assunta da R. COSTI, *Fondazione*, cit., 14, ove si esprime un'opinione estremamente liberale sulla compatibilità con la forma giuridica della fondazione del perseguimento di scopi di ogni genere, anche individualistici.

[68] Sull'argomento, per considerazioni analoghe, cfr. A.A. CARRABBA, *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 261)*, in *Riv. not.*, 2001, 763 ss. il quale sottolinea inoltre che nessun ostacolo ad una devoluzione interessata può essere rintracciato nella tutela dei terzi creditori, i cui interessi sono protetti dalla disciplina in materia di liquidazione delle associazioni e fondazioni.

[69] F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., 367; G. PONZANELLI, *Le «Non Profit Organizations»*, in *Quad. giur. comm.*, Giuffrè, 1985, 156.

scarsa utilità *pubblica*. Uno scopo deve sempre esserci naturalmente (art. 16 cod. civ.); qualunque sia in concreto l'interesse che lo scopo è teso ad assecondare, nell'ipotesi in cui esso, pur essendo ancora possibile da raggiungere e non esaurito, non fosse però in grado di assecondare in modo significativo ed efficiente il relativo interesse, allora saremmo di fronte ad uno scopo di scarsa utilità, ossia ad uno scopo che originariamente era in grado di assecondare egregiamente l'interesse sotteso, ma oggi non lo è più. In tali casi, *ex* art. 28 cod. civ., si procederà con l'estinzione dell'ente avviando la fase liquidatoria o con la sua trasformazione, con modificazione dello scopo fondazionale. In tutto ciò non assume alcun rilievo normativo il fatto che l'interesse e il relativo scopo siano etero-diretti o egoistici, pubblici o privati, interessati o disinteressati. La norma in esame funziona perfettamente anche ipotizzando che lo scopo della fondazione non sia di pubblica utilità.

A ben vedere, la prassi operativa era già approdata a simili conclusioni anche vigente il sistema concessorio. Pur utilizzando in modo non sempre uniforme l'ampio potere discrezionale di cui disponevano, le Pubbliche Amministrazioni nell'attribuzione della personalità giuridica hanno concesso il riconoscimento a realtà molto distanti dalla fissità del modello tradizione del patrimonio vincolato ad uno scopo di pubblica utilità. E così, oltre alle già citate fondazioni-organizzazione e fondazioni di partecipazione, hanno ricevuto l'attribuzione della personalità giuridica anche fondazioni che svolgono attività d'impresa [70] e fondazioni-*holding* [71]. Si è parla-

---

[70] A. BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Jovene, 1996; R. COSTI, *Fondazione*, cit., 11 ss.; P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc*., 1967, 837-838; A. ZOPPINI, *Enti senza scopo di lucro e attività economiche*, in AA.VV:, *Fondazioni e associazioni, Proposte per una riforma del libro primo del codice civile*, Maggioli, 1995, 207 ss.; G. MARASÀ, *Attività imprenditoriale e scopi mutualistici nelle associazioni del libro I del codice civile*, ivi, 189 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti*, cit., 175 ss.; A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Giappichelli, 2003. *Contra* però C.M. BIANCA, *Diritto,* cit., 315 il quale parla, nel caso di enti non lucrativi che svolgano attività d'impresa, di società di fatto; P. RESCIGNO, *Le fonti del diritto italiano*, II, Giuffrè, 2006, 53 secondo il quale l'attività imprenditoriale eventualmente svolta dalla fondazione va imputata personalmente a coloro che l'abbiano rappresentata.

La giurisprudenza ammette che le fondazioni possano svolgere attività imprenditoriale e possano conseguentemente essere assoggettate alla disciplina sul fallimento. Trib. Biella, 22 maggio 2015, in *Giur. it*., 2016, 124; Trib. Gorizia, 18 novembre 2011, in *Fall*., 2012, 6, 725; Cass., 27 maggio 2011, n. 11777, in *Giur. it*., 2012, 4, 786; Trib. Milano, 28 ottobre 2011 e Trib. Milano, 11 maggio 2012, in *Dir. fall.*, 2012, 528; Cass., 16 marzo 2004, n. 5305 e App. Milano, 12 dicembre 2000, in *Dir. fall. società comm*., 2005, 6, 843; C. App. Venezia, 20 luglio 2015, in *Giur. comm*., 2017, 140 (con nota di G. Cavallaro, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*) secondo cui "Una fondazione può svolgere attività imprenditoriale di natura commerciale quale modalità di realizzazione dei propri scopi statutari, attesa la compatibilità fra lo scopo non lucrativo, tipico della fondazione, e lo svolgimento di attività economica prevista dall'art. 2082 cod. civ. è sufficiente, infatti, rammentare che l'impresa non consiste nello svolgimento di un'attività necessariamente lucrativa, ben potendo caratterizzarsi per il compimento di un'attività produttiva oggettivamente economica, tesa al conseguimento di entrate remunerative dei fattori utilizzati, sì da consentire nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi".

Va tenuto in considerazione infine che nel caso di alcune fondazioni legali la qualifica della fondazione come impresa è testualmente prevista dalla legge. Si veda, ad esempio, per le fondazioni bancarie l'art. 3 della l. 218/1990, per le fondazioni lirico-sinfoniche l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 367/1991, o per le fondazioni di conservazione e valorizzazione di beni culturali l'art. 11, comma 2, d.m. n. 491/2001.

[71] La giurisprudenza aveva ammesso sin dai primi anni '60 del secolo scorso l'ammissibilità di fondazioni con lo scopo di amministrare un patrimonio le cui rendite siano assegnate per compensare iniziative meritorie nel campo umanitario, scientifico artistico e sociale. Cons. St., 12 dicembre 2961, in *Cons. St*., 1963, I, 656.

to in tali casi di vera e propria "*metamorfosi dell'istituto*" della fondazione [72], di sua "*mutazione genetica*" e di "*ibridazione*" con il modello associativo [73].

Quest'ultimo riferimento all'ibridazione tra le due figure soggettive di enti del libro primo appare particolarmente interessante. Aver riconosciuto al centro della dinamica delle fondazioni la figura del fondatore, a cui l'impostazione dogmatica tradizionale assegnava un ruolo invece marginale, di impulso iniziale e poi di soggetto terzo rispetto alle attività dell'ente, ed aver *de facto* superato il requisito qualitativo dell'utilità sociale dello scopo, ha fortemente ridotto le distanze tra fondazione e associazione. Associazioni a struttura fondazionale e, soprattutto, fondazioni a struttura associativa sono sempre più ricorrenti nella prassi. Giuridicamente l'aspetto più interessante di questa contaminazione è il presupposto dell'omogeneità della disciplina in materia di enti non lucrativi [74]. La disciplina codicistica, privata delle sovrastrutture dogmatiche del passato, appare indicativa della configurazione non rivale della disciplina su associazioni e fondazioni e della disponibilità del tessuto normativo a lasciare ampi margini all'autonomia statutaria. Il modello della fondazione "asservita" al proprio patrimonio, immobilizzata da uno scopo statutario intoccabile con l'organo amministrativo onerato di compiti di mera esecuzione di quanto necessario per raggiungere lo scopo dell'ente, non rappresenta più la realtà vigente delle fondazioni in Italia. Si trovano statuti di fondazioni in cui il fondatore si riserva di incidere direttamente sulla vita dell'ente o indirettamente, attraverso la nomina o la revoca degli amministratori; si notano organismi rappresentativi dei fondatori con caratteristiche del tutto simili all'assemblea dell'associazione; vengono organizzati i poteri dell'organo amministrativo in modo da farne il motore dell'attività della fondazione, consegnando talora anche il potere di individuare in concreto gli obiettivi e le attività dell'ente.

Le conseguenze sul piano della configurazione giuridica degli assetti istituzionali ed organizzativi delle fondazioni sono rilevanti. Riguardo allo scopo, anzitutto: esso conserva la sua importanza cruciale nella definizione della fisionomia dell'ente, e deve essere definito necessariamente nell'atto costitutivo e nello statuto a norma dell'art. 16 cod. civ. e dell'art. 1 d.p.r. n. 361/2000. La sua definizione in concreto, tuttavia, non rispondendo più alla necessità di qualificarsi in termini di pubblica utilità, ben potendo perseguire l'ente anche scopi privati [75]. Lo scopo può anche essere definito in modo generico; ciò che in passato conduceva a rifiutare la conces-

---

[72] D. VITTORIA, *Le fondazioni*, cit., 316 ss.; M.V. DE GIORGI, *Le persone*, cit., 253 ss.; A. FUSARO, *Fondazione*, in *Dig. disc. priv*., VIII, Utet, 1992, 360.

[73] A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 62 e 64 ss.; V. SCALISI, *Le fondazioni*, cit., 454 ove si afferma che "Il tradizionale criterio di distinzione basato sulla prevalenza dell'elemento personale nelle associazioni e di quello patrimoniale nelle fondazioni ha ormai fatto il suo tempo".

[74] Si parla in dottrina di neutralità della disciplina del codice in materia di organizzazione e funzionamento degli enti non lucrativi. R. COSTI, *Fondazione*, cit., 13 ss.; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 832; A ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 102; G. PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2006, 421.

[75] A. A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Jovene, 1994, 309.

sione della personalità giuridica [76]. Spetterà poi all'organo amministrativo dare concretezza agli obiettivi da perseguire, anche eventualmente con il contributo del fondatore o dei fondatori. Correlativamente, allora, il vincolo di destinazione non può più essere inteso come definitiva funzionalizzazione del patrimonio del fondatore ad uno scopo immutabile, ben potendo variare nel tempo consistenza e specifico utilizzo.

La lettura proposta suggerisce l'incoerenza con il dettato normativo di modelli ricostruttivi rigidi; l'elaborazione delle norme di funzionamento dell'ente non rispondono ad un archetipo legale unitario. L'art. 16 cod. civ. individua nella sua prima parte i requisiti essenziali dell'atto costitutivo e dello statuto senza alcuna distinzione tra associazione e fondazione. Una fondazione che presenti una disciplina "*sull'ordinamento e sull'amministrazione*" che ricalchi il modello socio-economico dell'associazione [77] non è invalida, né consente più di attivare i poteri suppletivi officiosi in sede di attribuzione della personalità giuridica che l'art. 2 disp. att. cod. civ., oggi abrogato, conferiva all'Amministrazione competente al rilascio del decreto di conferimento della personalità giuridica [78].

La fisionomia della fondazione di erogazione ha lasciato il posto ad una molteplicità di modelli, in cui è sempre più difficile rintracciare gli originari elementi caratterizzanti, e che mostra una capacità di adattamento ed una flessibilità assolutamente inattese se si osserva la storia dell'istituto. La riprova viene dallo stesso legislatore, che ha scelto il modello della fondazione in occasione di riforme strutturali di settore o di privatizzazione di enti pubblici [79]. Si pensi, ad esempio, alle fondazioni bancarie (l. n. 218/1990 e d.lgs. 153/1999), alle fondazioni di enti lirici (d.lgs. n. 367/1996), alle fondazioni universitarie (l. n. 388/2000 e d.p.r. n. 254/2001).

Proprio dalla lettura del quadro normativo di questi interventi legislativi vengono alcuni spunti ulteriori di riflessione. Il legislatore ha adoperato il *nomen iuris* di fondazione per identificare enti giuridici disciplinati da regole mutuate dalla disciplina codicistica della fondazione e dalla relativa tradizione dogmatica, ma anche da quella di altri enti a struttura associativa, *in primis* le società di capitali, oltre che da regole proprie del regime degli enti pubblici [80]. Pur

---

[76] Cfr. Cass., 27 febbraio 1997, cit., in cui si legge che "Ogni negozio istitutivo di fondazione, ai fini della sua validità ed efficacia, deve contenere, ai sensi dell'art. 16 cod. civ., la determinazione, operata dal fondatore e da costui non demandabile a terzi, dello scopo, non generico ed imprecisato, assegnato all'ente erigendo. Tale principio trova applicazione anche nell'ipotesi di fondazione disposta con testamento".

[77] Può accadere anche l'inverso: un'associazione che acquisiti la fisionomia di una fondazione, come ad esempio accade qualora venga affidato fiduciariamente in gestione ad un'associazione un patrimonio destinato ad un scopo predeterminato e tendenzialmente immodificabile.

[78] Quest'ultima è stata la soluzione preferita in giurisprudenza. Cfr. nuovamente Cass., 27 febbraio 1997, cit., ove afferma che "non è causa di invalidità della volontà testamentaria la mancanza di una normazione inerente al governo dell'ente, poiché le disposizioni al riguardo possono essere dettate dalla autorità amministrativa ai sensi dell'art. 2, comma 2, disp. att. cod. civ.".

[79] F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447.

[80] Per un'analisi del fenomeno delle c.d. fondazioni legali speciali o singolari cfr. S. DE GÖTZEN, *Le «fondazioni legali» tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, 2011; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 45 ss.; F. MERUSI, *La priva-*

nell'estrema varietà dei diversi interventi normativi, le fondazioni legali di più recedente costituzione appaiono molto lontane dai modelli della prassi operativa attuale. Si tratta di enti assoggettati a presupposti e condizioni di costituzione estremamente rigidi, destinatari di regole sull'organizzazione e il funzionamento di prevalente carattere imperativo, affiancate ad un sistema di controlli pubblici molto più intensi e penetranti di quelli previsti dal d.p.r. n. 361/2000, ove l'autonomia statutaria ha un limitatissimo raggio di azione [81].

Sotto altro profilo, è significativo che il legislatore abbia utilizzato il modello della fondazione – e non, ad esempio, quello della società di capitali – in casi in cui la disciplina dell'ente riveste un carattere misto pubblico-privato [82], ma in cui la costituzione e il funzionamento della fondazione sono chiaramente destinati ad assecondare la soddisfazione di interessi pubblici. Sembra quasi un ritorno ad un passato in cui la fondazione veniva considerata compatibile con gli assetti istituzionali dell'ordinamento giuridico solo in quanto preordinata a raggiungere obiettivi di utilità sociale. Ma per altro verso si nota che varie ipotesi di fondazioni legali hanno carattere partecipativo, quindi ripropongono quell'ibridazione con la struttura organizzativa tipicamente associativa che anche la prassi operativa delle fondazioni di diritto comune sta sperimentando [83], e che è distante dal tipo storico della fondazione di erogazione.

La scelta della fondazione, giustificata proprio dall'assenza di un complesso normativo "in-

---

tizzazione, cit., 447; F. SCIARRETTA, *Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur. comm*., 2013, 951 ss.

[81] Anche la riforma del c.d. "terzo settore" che ha condotto all'adozione del "Codice del terzo settore" (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117) offre argomenti per un ripensamento del requisito della pubblico utilità dello scopo. Nel definire, infatti, il coacervo di soggetti che costituiscono gli "enti del terzo settore", l'art. 4 del Codice annovera anche le fondazioni e precisa che detti enti rientrano nella definizione anzidetta qualora "*costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale*". L'interesse generale va inteso, ai sensi dell'art. 5 del Codice, quale perseguimento "*di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*" che il medesimo art. 5 provvede ad esemplificare. Tali finalità, in un certo senso associabili proprio al concetto tradizionale di pubblica utilità, sono considerate dal Codice una caratteristica peculiare che gli enti elencati all'art. 4 debbono possedere per acquisire la qualifica di enti del terzo settore, dal che si desume che potrebbero in concreto anche non possedere tale connotazione.

[82] Da tempo la dottrina amministrativistica si confronta sul fenomeno ricorrente dell'utilizzo dei modelli soggettivi privatistici per disciplinare organismi collegati alla Pubblica Amministrazione, specie a partire dai primi anni '90 del secolo scorso e dalle politiche di privatizzazione degli enti pubblici, specie economici, con ampio utilizzo del modello societario. G. BERTI (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Il Mulino, 1993; C. IBBA, *Le società «legali»*, Giappichelli, 1992; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, 1997; M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm*., 2005, 393; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm*., 2003, 217 ss.; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ*., 1994, 25 ss.; G. ALPA, *La distinzione/ contrapposizione di diritto privato e di diritto pubblico nella giurisprudenza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 1998, I, 1 ss.; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Giuffrè, 1985; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl*., 1998, 661 ss.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl*., 1995, 393 ss.; F. DE LEONARDIS, *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, in *Dir. amm*., 2000, 241 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm*., 1995, 519 ss.; S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amm*., 1999, II, 1367 ss.; S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, Giuffrè, 1988, Vol. 1, 173 s.

[83] S. DE GÖTZEN, *Le «fondazioni legali»*, cit., 9.

gombrante" come quello delle società, mostra l'affezione del legislatore al modello tradizionale, rispetto al quale anzi si intravedono rigidità e limitazioni all'autonomia privata anche più robuste di quelle associate alla fondazione codicistica. Al contempo, però, non si smentisce la diffusa tendenza per le fondazioni di diritto comune a considerare il relativo modello aperto e flessibile, sia nel senso di attingere a modelli di tipo associativo, sia più in generale nel senso di ospitare e far convivere discipline ispirate ora alla rigidità imperativa del diritto pubblico, ora alla flessibilità dei modelli organizzativi di diritto privato. Le fondazioni legali svolgono attività d'impresa, e anche questo profilo non è di secondaria importanza nella ricostruzione sistematica dell'istituto.

Un'ultima considerazione può essere svolta dall'analisi del diritto positivo nell'ottica di una ridefinizione dei parametri identificativi della fondazione. Come già ricordato, l'art. 28 cod. civ. prevede che la Pubblica Amministrazione possa provvedere alla trasformazione della fondazione, come alternativa al suo scioglimento, quando "*lo scopo è esaurito o divenuto impossibile e di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente*" [84]. Tradizionalmente questa previsione veniva interpretata nel senso di consentire all'Amministrazione di mutare lo scopo della fondazione, sia pure discostandosi il meno possibile da quella originariamente prevista dal fondatore [85]. Parte della dottrina ha ritenuto immaginabile, al di là della lettera dell'art. 28 cod. civ., che la trasformazione della fondazione per iniziativa pubblica possa implicare anche aspetti organizzativi [86], ma comunque non potesse mai trasformarsi in un ente commerciale, ed in particolare in una società di capitali [87]. Presupposto argomentativo di quest'ultimo limite era nuovamente la presunta incompatibilità strutturale della fondazione con lo svolgimento di attività (commerciale) finalizzata ad uno scopo non pubblicistico.

Con la riforma societaria del 2003 [88], è stata introdotta testualmente la possibilità di trasformare società di capitali in fondazioni e viceversa (artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* cod. civ.) [89]. Apertosi il dibattito sul rapporto intercorrente tra la trasformazione della fondazione disciplinata dall'art. 28 cod. civ. e la trasformazione eterogenea prevista dal Libro V del codice civile, si è

---

[84] Alle trattazioni generali già citate in precedenza si menzionano sullo specifico tema delle trasformazioni elle fondazioni G. RIOLFO, *La trasformazione degli enti collettivi dal codice civile alle leggi speciali*, in *Contr. Impr.*, 1996, 921 ss.; M.V. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative*, in M. BASILE, *Le persone*, cit., 430 ss.; A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul «terzo settore»*, in *Contr. Impr.*, 2004, 294 ss.

[85] P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 808-809; G. IORIO, *Le fondazioni*, Giuffrè, 1997, 311; C. CORVESE, *Le trasformazioni eterogenee (con particolare riguardo alla trasformazione eterogenea in società di capitali)*, in A. PACIELLO (a cura di), *Contributi allo studio della trasformazione*, Jovene, 2010, 145 ss.

[86] D. VITTORIA, "*Il cambiamento del tipo" per gli enti del I libro del codice civile*, in *Contr. impr.*, 1992, 1149 ss.; M. SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Giuffrè, 1996, 88 ss.

[87] M.V. DE GIORGI, *Le vicende*, cit., 434; F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 358.

[88] Cfr. d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

[89] In generale sulle trasformazioni eterogenee con riferimento alle fondazioni M. MALTONI, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Giuffrè, 2010; M. COSTANZA, *I soggetti*, cit., 66 ss. Cfr. anche L. DE ANGELIS, *La trasformazione eterogenea a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Giur. It.*, 2014, 473 ss.

concluso in dottrina che la disciplina della trasformazione eterogenea non l'abbia sostituita per via di abrogazione implicita, ma abbia previsto una nuova e distinta ipotesi di trasformazione della fondazione in società di capitali e viceversa [90]. In effetti presupposti e procedimento di trasformazione sono distinti, sicché l'art. 28 cod. civ. conserva il suo specifico ambito di applicazione (trasformazione degli scopi della fondazione). Tuttavia, la previsione espressa di una trasformazione soggettiva, e non solo di scopo, della fondazione, e per di più in una società di capitali, demolisce il presupposto argomentativo nell'interpretazione tradizionale dell'art. 28 cod. civ. L'art. 2500-*octies*, comma 3, cod. civ., per il caso della trasformazione della fondazione in società di capitali, non richiede la modificazione dello scopo statutario, come invece prescrive l'art. 28 cod. civ. Ciò significa che il legislatore ipotizza che la fondazione possa raggiungere i suoi scopi statutari in forma di società di capitali senza dover necessariamente apportare modifiche genetiche ai fini dell'attività svolta sino a prima della trasformazione [91]. E così, la deliberazione dell'Amministrazione con cui viene accolta la richiesta della fondazione di trasformarsi in società i capitali non implica alcun intervento modificativo, se non quello della forma soggettiva in cui l'attività verrà svolta [92]. Non si può non vedere in questa previsione un'ammissione per via legislativa della possibilità per le fondazioni di svolgere attività d'impresa, e quindi contemplare scopi non pubblicistici: non avrebbe infatti alcun senso che il legislatore abbia previsto questa possibilità di trasformazione se non per consentire che un'attività già di tipo imprenditoriale possa essere svolta in una forma giuridica destinataria di norme specificamente pensate per lo svolgimento di attività d'impresa [93].

5. – La ricostruzione qui proposta degli elementi oggi caratterizzanti la fondazione comporta il riconoscimento di una maggiore prossimità strutturale e funzionale con l'associazione rispetto all'approccio tradizionale, e quindi induce a trattare delle caratteristiche convenzionalmente attribuite a fondazione e associazione solo in termini di normalità, non di necessità. *Normalmente*

---

[90] M. MALTONI, *I limiti dell'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not*., 2003, 1397 ss.; C. CORVESE, *Le trasformazioni*, cit., 148 ss.

[91] Discutono della rilevanza di carattere generale di queste previsioni sulla ricostruzione dello statuto delle fondazioni S. DE GÖTZEN, G. IORIO, *Art. 28*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Artt. 11-73, Giuffrè, 2014, 275 ss.

[92] S. CERRATO, *Origami giuridici: il fallimento delle fondazioni*, in *Giur. it*., 2016, I, 128 ss. osserva che "dal dettato della norma risulta una sostanziale neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economici e quindi all'attività svolta. L'unica distinzione risulta porsi sul piano funzionale, atteso che gli enti disciplinati dal Libro I del Codice civile destinano gli utili prodotti al perseguimento degli scopi altruistici ovvero li investono nell'attività commerciale che realizza direttamente lo scopo ideale senza distribuirli ai suoi membri, mentre i risultati economici disciplinati dal V Libro sono eterodestinati".

[93] Nel senso che manchi tendenzialmente nelle fondazioni una struttura evoluta in grado di sostenere il adeguatamente l'attività imprenditoriale quando essa si fa particolarmente articolata cfr. G. CARRARO, *Le trasformazioni eterogenee*, Giappichelli, 2010, 57, il quale parte però dal presupposto, qui discusso e criticato, dell'inesistenza di una componente plurisoggettiva e l'eterodirezione degli scopi.

le associazioni si caratterizzano per l'elemento personale, consacrato nell'assemblea degli associati, mentre la fondazione in base all'elemento patrimoniale, dotazione funzionalizzata ad uno scopo ideale tendenzialmente altruistico. Ma non si può più escludere che caratteristiche proprie dell'una possano occasionalmente ritrovarsi nello statuto o nell'atto costitutivo dell'altra, non esistendo divieti tecnici ed anzi osservando nella prassi una costante ibridazione dei relativi modelli.

La consapevolezza dell'evanescenza degli steccati del passato ha progressivamente convinto la dottrina, sporadicamente alla fine degli anni '60 del secolo scorso [94], ma poi con una crescente comunanza di vedute a partire dagli anni '80 e '90 [95], a sottolineare una tendenziale omogeneità della categoria degli enti senza scopo di lucro del codice civile. Questo orientamento è certamente condivisibile e indica un percorso che conduce a sostenere che gli articoli da 14 a 35 cod. civ. [96] e le nome contenute nel d.p.r. n. 361/2000 definiscano il nucleo di una disciplina comune per associazioni e fondazioni, con poche specifiche previsioni codicistiche applicabili in via esclusiva alle due tipologie di enti. Pur con tutti i denunciati limiti di completezza ed organicità, è possibile rinvenire nel complesso normativo citato un tessuto normativo comune ad associazioni e fondazioni, o, per meglio dire, a tutti gli enti non lucrativi in considerazione dell'attitudine delle disposizioni in materia di associazioni e fondazioni ad applicarsi anche a "*le altre istituzioni di carattere privato*" (art. 1, comma 1, d.p.r. n. 361/2000, ma già l'abrogato art. 12 cod. civ.).

Il tessuto normativo comune è composto anzitutto dalle norme che si applicano indistintamente ad associazioni e fondazioni, composte dagli artt. artt. 14, comma 1, 16 (ad esclusione delle specifiche disposizioni della seconda parte del comma 1), 18, 19, 27, 29-32, 35 cod. civ. e dalle previsioni del d.p.r. n. 361/2000 le cui previsioni hanno carattere generale. Vi rientrano norme relative alla fattispecie costitutiva, alla responsabilità dell'organo gestorio, alle cause comuni di estinzione e alla regolazione della fase di liquidazione, compresa la devoluzione dei beni del patrimonio dell'ente una volta completato il processo di cancellazione dal registro delle persone giuridiche.

---

[94] R. COSTI, *Fondazione*, cit., 46 ss.

[95] A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*; V. SCALISI, *Le fondazioni*, cit., 454 ss.; A.A. CARRABBA, *Lo scopo*, cit., 764; G. DINACCI, *Art. 14 – Atto costitutivo*, in Commentario del Codice Civile, diretto da E. Gabrielli, cit., 2014.

[96] I riferimenti codicistici presi in considerazione in questo lavoro sono limitati alla disciplina dedicata ad associazioni e fondazioni come enti personificati. Si prescinde quindi dall'analisi della disciplina degli enti non personificati, ossia associazione non riconosciuta e comitato. La scelta di non estendere l'analisi alla disciplina degli enti di fatto è in parte dovuta al fatto che tra questi enti non vi è anche la fondazione di fatto, la cui ammissibilità – al di là dell'ipotesi prevista dall'art. 15 cod. civ. della fondazione costituita ma non ancora iscritta nei registri delle persone giuridiche – è discussa in dottrina. Peraltro, anche a voler ammettere la fondazione di fatto come tipologia ammessa o come ente atipico, ciò non toglierebbe che la disciplina dedicata alla coppia associazione-fondazione resti quella contenuta agli artt. 14-35 cod. civ. le norme in materia di associazioni non riconosciute hanno la specifica funzione di disciplinare il regime della responsabilità negoziale in assenza del beneficio della limitazione di responsabilità degli associati che l'associazione acquisisce solo con l'attribuzione della personalità giuridica. Si tratta di temi che, allo stato, non recano argomenti interessanti nella prospettiva che qui si discute. Quanto poi al fatto che il comitato possa essere considerato una fondazione non personificata, la dottrina è prevalentemente di segno contrario e comunque, anche nel caso della disciplina sui comitati, le norme degli artt. 39-42 cod. civ. si occupano quasi esclusivamente della responsabilità per le obbligazioni assunte dall'ente in regime di assenza di personalità giuridica.

Vanno anche considerati alcuni principi generali tratti dalla disciplina specificamente dettata in materia di associazioni e fondazioni in ragione della citata contaminazione di regole organizzative e funzionali. È il caso, ad esempio, delle disposizioni in materia di disciplina della costituzione e funzionamento dell'assemblea e di regime delle delibere assembleari. Pur trattandosi di norme espressamente previste in tema di associazioni, tutte le volte in cui le fondazioni o "altre istituzioni di carattere privato" si dotassero di un organo di rappresentanza della pluralità dei fondatori e lo statuto non dettasse una disciplina completa, non potrebbe negarsi l'applicazione dei principi generali desumibili dagli artt. 20-23 cod. civ. applicabili espressamente all'assemblea e alle delibere assembleari delle associazioni, come ad esempio i principi relativi alle maggioranze per l'adozione delle delibere assembleari. Altrettanto può dirsi, ad esempio, per la disciplina del recesso dell'associato (art. 24 cod. civ.) con riferimento ad eventuali ipotesi di recesso del fondatore, come previsto in alcune ipotesi di fondazione di partecipazione [97].

Dovranno poi considerarsi incluse nello statuto normativo degli enti non lucrativi tutte quelle norme che si ricavano dalla lettura complessiva delle disposizioni dedicate ad associazioni e fondazioni nel confronto con il sistema. Tra queste norme, che si configureranno anch'esse prevalentemente come principi generali, rientra *in primis* il fine non lucrativo dell'attività dell'ente, che si ricava per differenza dal confronto con la diversa disciplina dedicata agli enti profit per eccellenza, ossia le società. L'art. 13 cod. civ. sancisce la netta separazione disciplinare tra le norme in materia di società, contenuta nel libro quinto del codice civile, e quelle del libro primo, alle quali bene si attaglia il carattere di non lucratività dei fini dell'attività proprio in virtù di questa separazione di norme e di *sedes materiae* [98]. Si consideri ancora il principio di limitazione della responsabilità degli associati/fondatori, che è il portato primo e principale dell'attribuzione della personalità giuridica, e ancora il vincolo reale di destinazione del patrimonio dell'ente i cui frammenti di disciplina si ritrovano all'art. 32 cod. civ. [99]

Si transita in questo modo da una originaria concezione di associazione e fondazione come

---

[97] Si veda a titolo di esempio lo statuto di fondazione di partecipazione in E. BELLEZZA, *Le fondazioni*, cit., 11 ss., in particolare art. 14.

[98] Non interferisce con la qualificazione degli enti del libro primo come non lucrativi il fatto che ad essi sia riconosciuta la capacità di svolgere attività d'impresa. Imprenditore, *ex* art. 2082 cod. civ., è colui che esercita attività economica organizzata, ben potendo scegliere poi l'impresa di non distribuire gli utili e quindi di perseguire fini diversi dalla profitto. Sulla compatibilità del fine non lucrativo con lo svolgimento di attività d'impresa e sull'acquisizione, in tali casi, dello statuto imprenditoriale da parte della fondazione d'impresa si rinvia *ex multis* a G.B. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2006, 23 ss.; E. MORINO, *Società di fatto, associazione e scopo di lucro: un nodo gordiano ancora da sciogliere*, in *Giur. it.*, 2014, 2, 349; G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 595, e in *Scritti giuridici. Diritto dell'impresa*, Cedam, 1992, I, 61; P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto Comm.*, VII, Utet, 1992, 50 ss.; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Giappichelli, 1999, 80 ss.; B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Giuffrè, 2005, 50 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam, 2015, 412 ss.; G.D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, 216 ss. Trae anche dall'esame della disciplina speciale in materia di enti non profit argomenti a supporto della non lucratività dello scopo e dell'attività degli enti del libro primo del codice civile M. COSTANZA, *I soggetti*, cit., 81 ss.

[99] Discute del carattere generale di questo principio, anche con riferimento agli enti di fatto, P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, 2015, 33 ss.

tipi soggettivi dotati di una spiccata identità strutturale e organizzativa, dei quali non era ipotizzabile una rappresentazione unitaria tali erano le distanze tra i relativi caratteri identitari, verso il riconoscimento di una base normativa comune ove le tradizionali connotazioni tipologiche sbadiscono in elementi di solo tendenziale riferibilità all'uno o all'altro modello. Una volta neutralizzata l'influenza dell'impostazione dogmatica storica, le norme esclusivamente riferibili all'uno o all'altro ente appaiono di per sé insufficienti a contrassegnare un tipo soggettivo distintivo.

Ciò non significa naturalmente che una distinzione tra associazione e fondazione non sia rinvenibile nel diritto positivo; la richiede del resto lo stesso diritto positivo per il fatto di menzionare i due *nomina iuris* di fondazione e associazione e di prevedere, accanto a disposizioni comuni, anche previsioni singolarmente dedicate ai due enti. Ma gli elementi caratterizzanti l'una e l'altra non si presentano sempre come rivali o escludenti. L'interprete deve allora farsi carico di riformulare una distinzione tra associazioni e fondazioni, tenendo in debita considerazione il mutato scenario socio-economico, l'evoluzione della disciplina normativa e il progresso delle riflessioni della dottrina. Così che il vero tema che si pone oggi all'attenzione del giurista non è tanto la reciproca permeabilità delle due fattispecie soggettive, quanto – all'opposto – l'individuazione di caratteri distintivi minimali che resistano alla constatazione dell'abbattimento degli steccati concettuali della tradizione.

Con riferimento specifico alla fondazione, vi è chi in dottrina ha proposto di ricercare i tratti identitari della fondazione, disponendosi metodologicamente a considerare le "*costanti normative che storicamente (e comparatisticamente) si abbinano allo schema fondazionale*"[100]. Secondo questa ricostruzione, l'essenza della forma giuridica della fondazione consisterebbe nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo. Ora, a prescindere per un momento dalla soluzione ipotizzata, è il metodo proposto ad essere anzitutto condivisibile, ossia quello della ricerca del "contenuto precettivo minimo" del modello di fondazione. Indubbiamente, come suggerito dalla citata dottrina, non va ignorato il dato socio-economico che il codice civile ha considerato nel definire la geometria delle disposizioni in tema di associazione e fondazione nel 1942. Ma principalmente deve porsi attenzione a ciò che il dato socio-economico ci racconta oggi della realtà di associazioni e fondazioni, che è sensibilmente diverso da quello del passato. Ciò non significa consegnare la definizione dei connotati essenziali della fondazione al mero accertamento della realtà fenomenica, ma con una disciplina che non disegna dati normativi qualificanti, l'analisi fattuale fornisce un contributo determinante per orientare l'interprete.

6. – Il ruolo sistemico dell'analisi fattuale deve essere prima di tutto definito con precisione. Più volte sin qui è stato citato il ruolo della prassi nell'evoluzione del modello di fondazione. L'origine etimologica del termine "prassi" rinvia ad una realtà fattuale calata nell'esperienza

[100] A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83

concreta, nella quotidianità, nella pratica – appunto – del soggetto o della categoria di soggetti a cui viene riferita. In tal senso, la prassi riferita ad un comportamento soggettivo consente di osservarlo dall'angolo visuale della sua manifestazione empirica.

Nel linguaggio giuridico il termine prassi non ha acquistato un significato convenzionale univoco. Accezioni semantiche diverse si associano all'utilizzo di questo termine, che variano a seconda del contesto in cui il vocabolo viene adoperato. Talvolta si impiega questo termine con un significato prossimo a quello della sua radice etimologica, ossia *pratica operativa*, esperienza concreta di applicazione del diritto, contrapposto alla *teoria*, intesa quale rappresentazione concettuale dei meccanismi giuridici [101]. Più frequentemente la nozione di prassi viene utilizzata per indicare l'insieme di comportamenti omogenei assunti da un gruppo di soggetti per un tempo sufficientemente lungo da rendere rilevante tale fenomeno nell'ottica dell'osservatore. In quest'ultima accezione, la prassi costituisce pur sempre un dato fattuale, che però si arricchisce di un elemento valutativo costituito appunto dall'osservazione della ripetizione dello stesso tipo di condotta per un significativo numero di volte. La costanza comportamentale definisce la specifica cifra distintiva della prassi rispetto alla mera ricognizione del puro e semplice dato fattuale [102].

Quest'ultima nozione di prassi è quella che viene prevalentemente utilizzata nel linguaggio giuridico [103], giacché in alcuni casi essa acquista, al ricorrere di ulteriori condizioni, rilievo giu-

---

[101] G. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv dir. comm*., 1911, I, 941; G. TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista interprete*, in ID., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, 1974, 475 ss.; G. ALPA, *Prassi*, in *Dig. disc. priv*., XIV, Utet, 1996, 138 ss. La contrapposizione tra il diritto pratico e teorico, tra diritto in concreto e diritto in astratto, ricorre tradizionalmente negli studi e nella pratica del diritto. Per la rilevanza che assumono rispetto ai temi e alle prospettive che si analizzeranno oltre, giova ricordare che il dualismo tra diritto in astratto e in concreto ricorre nella formulazione del concetto di diritto vivente, come contrapposto al diritto vigente, e si ritrova nella proposta ricostruttiva del realismo giuridico nordamericano che contrappone *law in books* e *law in action*.

[102] Queste considerazioni non mutano con riferimento ad un significato ulteriore del termine prassi diffusasi nel linguaggio normativo in tempi più recenti. Accade infatti che tale termine venga utilizzato dal legislatore per descrivere esperienze concrete che provengono da saperi, tecniche ed esperienze non giuridici. In questa accezione, la prassi tende ad indicare non tanto un insieme dei comportamenti omogenei, bensì la regola di comportamento che si desume dall'osservazione di tali comportamenti omogenei, quantomeno dei più ricorrenti (in questa accezione di prassi G. ALPA, *Prassi*, cit., 138 ss.), o, con ragionamento inverso, la norma tecnica che ha indotto gli operatori di settore ad assumere simili comportamenti. Il criterio di qualificazione di un comportamento come coerente o meno con la prassi di settore non è dunque di natura qualitativa (corretto-scorretto), ma meramente quantitativo (frequente-infrequente). Una prassi non descrive quindi comportamenti qualitativamente migliori, ma solo quelli statisticamente più ricorrenti. Un comportamento non allineato alla prassi di settore può essere indifferentemente qualificato come migliore o peggiore rispetto alla prassi medesima, senza che ciò incida minimamente sulla sua qualificazione come estraneo alla prassi in questione. Si tratta evidentemente di una nozione di prassi che si ricava da un processo di astrazione, quindi di un significato che allontana la relativa nozione dalla sua radice etimologica, avvicinandola più a quella di norma, intesa come "*regula agendi*". Si tratta però di una norma non giuridica, rilevante anche in tali casi solo a condizione e nella misura in cui sia espressamente valorizzata da una norma giuridica. Anche intesa come *regula agendi*, dunque, la prassi resta un fatto per il diritto, la cui rilevanza è solo eventuale e non dipende né dalla natura della prassi, né dal suo contenuto. È questo il caso di quelle "buone prassi" o "migliori prassi" a cui fa riferimento sempre più frequente il legislatore nazionale, acquisendo un gergo di derivazione europea, e che fanno appunto riferimento a saperi tecnici non giuridici a cui la disposizione rinvia quale fonte integrativa della regola giuridica nei limiti in cui la norma attribuisce rilevanza alla regola pratica. Esempi recenti si possono rintracciare all'art. 6 l. 28 luglio 2016, n. 155; art. 1, comma 236, l. 27 dicembre 2013, n. 147; art. 1, comma 439, l. 24 dicembre 2007, n. 300.

[103] Non è però certamente l'unica: basti pensare all'utilizzo del termine prassi in relazione alla pratica giudiziaria,

ridico *ex se*, come nel caso degli usi o consuetudini fonti di diritto [104], mentre in altri casi viene espressamente valorizzata da una fonte scritta ad effetti volta per volta diversi: ad esempio, quale criterio di valutazione di un comportamento, o quale fonte di integrazione di atti giuridici, o ancora quale criterio ermeneutico [105].

Fuori da tali casi, tuttavia, la prassi viene confinata nel territorio dell'irrilevanza giuridica [106]. Si sostiene che, nel valutare se un certo comportamento sia permesso o vietato, coerente o incoerente ad una fattispecie normativa, non rilevi in alcun modo *il fatto* che il comportamento in esame sia conforme ad una prassi. L'eventuale conflitto con la norma riceverà un trattamento differente a seconda che la norma di volta in questione abbia carattere imperativo (nel qual caso si dovranno qualificare i relativi comportamenti come illegittimi e quindi vietati) o dispositivo (il diritto lascia qui spazio alla determinazione autonoma del privato, permettendo il comportamento difforme alla norma), senza che assuma invece importanza *il fatto* che il singolo comportamento si disponga in conformità ad una prassi.

Se riferita a quest'ultimo contenuto semantico, la prassi operativa relativa alla costituzione di

---

vale a dire la prassi come consolidamento di un certo indirizzo interpretativo da parte delle istituzioni giudiziarie. Evidente la differenza tra la prassi operativa, a cui sinora si è fatto riferimento, ossia la ripetitività di un comportamento (in senso lato) nella sua materialità, e la prassi giudiziaria, in cui a ripetersi è la valutazione giuridica di una serie omogenea di comportamenti da parte di un'istituzione pubblica. Alla prassi giudiziaria, tuttavia, si fa più frequentemente riferimento con espressioni diverse e più specifiche, specie quando le si associa una rilevanza giuridica superiore alla mera constatazione del consolidamento di una certa opzione ermeneutica, come nel caso di "diritto giurisprudenziale" o "diritto vivente" al quale si farà a breve espresso riferimento. Su questi temi si rinvia a L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv*., IV, Utet, 1990, 445 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Jovene, 1988, 41 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè,1959, 140 ss.; C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in Giur. Cost., 1962, 605 ss.; V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir*., XIII, Giuffrè, 1964, 207 ss.

[104] La letteratura sul tema della consuetudine o dell'uso come fonte del diritto è ingente. Con riferimento al diritto italiano si segnalano in particolare v. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, 1942, *passim*; S. ROMANO, *Consuetudine*, in ID. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947, 41 ss.; M.S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. int. fil. dir*., 1947, 89 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir*., IX, Giuffrè, 1961, 513 ss.; A PIZZORUSSO, *Consuetudine. Profili generali*, in Enc giur., Treccani, 1988; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993, 255 ss.; C.M. BIANCA, *Ex facto oritur jus*, in *Riv dir. civ*., 1995, I, 787 ss.; J. GLISSEN, *Consuetudine*, in *Dig. disc. priv*., III, Utet, 1988, 489 ss.; R. SACCO, *Fonti non scritte del diritto italiano*, in *Dig. disc. priv*., Aggiornamento, Utet, 2000, 402 ss.

[105] Il lessico utilizzato tradizionalmente dal diritto in tali casi abbandona il generico termine di prassi per utilizzare una nomenclatura *ad hoc*, a seconda dei livelli di rilevanza giuridica in questione. Consuetudine ed uso sono i termini più ricorrenti che il linguaggio giuridico impiega quando designa una prassi valorizzata da una fonte del diritto scritta.

[106] Con riferimento ai rapporti interprivati, si rinvia alle considerazioni svolte sul tema dai P. RESCIGNO, *Legge*, cit., 215. Sul tema anche A. GENTILI, *La consuetudine nel diritto civile, dall'*opinio juris *all'*electio iuris, in S. ZORZETTO (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Ets, 2008, 137 ss.

La dottrina ha tuttavia evidenziato che la prassi, in quanto pratica operativa ripetuta nel tempo in situazioni analoghe da un gruppo omogeneo di soggetti, può in realtà acquistare rilevanza giuridica anche al di là ed indipendentemente dal sistema delle fonti e dal rinvio ad essa operato dalla legge. Essa può riguardare comportamenti o attività che non sono disciplinate da alcuna fonte di diritto (prassi *extra legem*). Una simile situazione può ricorrere in concreto quando, ad esempio, la prassi anticipi l'intervento del legislatore in ambiti nei quali l'attività legislativa non si era ancora spinta o in territori in cui non era neppure avvertita la necessità di una qualsiasi regolazione giuridica. Ne parla in tal senso G. ALPA, *Prassi*, cit., 141.

fondazioni non acquista un particolare significato per l'interprete. Il mero dato statistico del ripetersi in concreto della redazione di un certo tipo atti costitutivi e di statuti di fondazioni aventi caratteristiche ricorrenti è giuridicamente irrilevante perché acquista un valore meramente descrittivo delle tendenze attuali nella redazione delle tavole fondazionali. In definitiva, così concepita la "prassi operativa" non appare uno strumento utile nella ricerca del modello vigente di fondazione, né sul piano teorico, né su quello pratico.

La rilevanza giuridica della prassi, però, cambia se alla considerazione della mera "prassi operativa" si accosti l'osservazione della parallela "prassi amministrativa" nell'attribuzione della personalità giuridica alle fondazioni costituite in base alla prima [107]. Con l'espressione "prassi amministrativa" si intende qui la circostanza che le Amministrazioni competenti ad iscrivere le fondazioni nei registri delle persone giuridiche tendano ad iscrivere fondazioni che abbiano caratteristiche simili a quelle che già in precedenza sono state iscritte. Nel caso degli enti personificati le due prassi sono coessenziali. Una "prassi operativa" riferita agli atti fondativi di una persona giuridica, in tanto può dirsi ricorrente, in quanto ad essa si associ un positivo superamento della fase di controllo di legittimità da parte delle Amministrazioni competenti. L'elaborazione di tavole fondazionali con clausole statutarie eccentriche rispetto alla tradizionale configurazione dell'ente non avrebbe alcun significato se poi l'Amministrazione non riconoscesse la loro legittimità.

Se una certa prassi operativa si impone in concreto è solo perché a valle vi è una conforme prassi amministrativa.

Ciò significa, allora, che la "prassi operativa" nella creazione di fondazioni con struttura e organizzazione innovativa non è giuridicamente irrilevante perché necessariamente presuppone una valutazione positiva in termini di legittimità, e quindi di coerenza con l'ordinamento giuridico. Il fenomeno è dunque complesso, articolato in un doppio passaggio, in cui il secondo (il vaglio di legittimità) conferisce al primo (la prassi operativa) un valore ulteriore alla mera ricognizione di un fatto, che consiste nella valutazione ed accertamento della sua legittimità [108].

Si potrebbe obiettare che, in linea di principio, l'affermarsi di una prassi amministrativa sia a sua volta irrilevante e per le medesime ragioni addotte con riferimento alla prassi operativa. Il

---

[107] Esorbita dalla nozione qui stipulata di "prassi amministrativa" la consuetudine costituzionale, giacché essa è vera e propria fonte di diritto, mentre la prassi a cui viene dedicata attenzione in queste pagine non acquista il rango di fatto normativo. In generale sui caratteri e l'effettività delle consuetudini costituzionali, oltre agli Autori e alle opere citati alla precedente nota 104, si rinvia a C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, 1961, 595 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Utet, 1970; A. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi senesi*, fasc. 3-4, 1913; F. FLUMENE, *La consuetudine nel suo valore giuridico*, L.i.s., 1925; C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, 1940; C. CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Cedam, 1948; S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione fra storia e politica*, in *Il Pol.*, 1983, 251 ss.; G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Giappichelli, 2003.

[108] Diverso allora è il caso della "prassi operativa" rispetto alla costituzione di enti non personificati. La mancanza di un controllo di legittimità da parte della Pubblica Amministrazione non consente di uscire dal campo del puro accertamento di una coerenza comportamentale.

fatto in sé che le Amministrazioni conferiscano pacificamente la personalità giuridica a fondazioni con clausole statutarie "anomale", non vale a considerarle legittime se si accertasse una causa di illegittimità dell'atto (amministrativo) di iscrizione nel registro delle persone giuridiche, così come nuovi approdi della prassi amministrativa non sono vincolanti per la stessa Amministrazione che ha dato vita alla consuetudine di iscrizione nel registro delle persone giuridiche, che potrebbe sempre discostarsene.

Escluso certamente che un atto *contra legem* possa considerarsi legittimo solo perché allineato con una prassi amministrativa [109], la ricorrenza di un'opzione interpretativa da parte della Pubblica Amministrazione non è però un mero dato di fatto. Dottrina e giurisprudenza hanno da tempo chiarito che il discostamento di una Pubblica Amministrazione da una sua prassi non sia legittimo se non sorretto ad una motivazione che illustri le ragioni per le quali l'Amministrazione si sia allontani nel caso specifico da un consolidato indirizzo di segno opposto [110]. Diversamente, in assenza di motivazione o nel caso in cui la motivazione non sia in grado di segnalare un'effettiva diversità della situazione concreta da quella "tipica" sulla quale si è consolidata la prassi di quella stessa Amministrazione in precedenti ipotesi, il provvedimento amministrativo è illegittimo per violazione del principio di parità di trattamento dei cittadini di fronte alla Pubblica Amministrazione. Una prassi amministrativa non è dunque un mero fatto; è vero che la Pubblica Amministrazione non è vincolata dal ripetersi costante di una data opzione interpretativa, ma il consolidato orientamento ermeneutico crea un affidamento tutelabile nei consociati, e quindi acquista rilevanza per l'ordinamento [111].

---

[109] In linea generale cfr. Cons. St., 3 dicembre 2015, n. 5479; Cons. St., 29 luglio 2015, n. 3750. Ma la pressoché totale assenza di pronunce giurisprudenziali in materia di accertamento di illegittimità di statuti di fondazioni "innovative" conforta sul fatto che la prassi operativa e amministrativa riferita specificamente alle fondazioni di nuovo conio non sia *contra legem*.

[110] G. ABBAMONTE, *Prassi e diritto nella materia amministrativa*, in L. BOVE (a cura di) *Prassi*, cit., 221 ss.

[111] La prassi amministrativa assume un peculiare significato in ambito tributario, ove la prassi – quando riferita agli enti impositori – si riferisce alle comunicazioni in cui viene esplicitata l'opzione interpretativa, tra le varie astrattamente possibili, che deve considerarsi preferibile rispetto ad una situazione concreta ricorrente. Anche in tal caso la soluzione interpretativa deriva dall'esperienza concreta dell'applicazione delle norme dell'ordinamento in situazioni-tipo ricorrenti, ma qui l'Amministrazione fiscale rende esplicita la soluzione ermeneutica preferita, che non deve essere allora ricavata dall'accertamento della ricorrenza in concreto di tale opzione dall'attività amministrativa, e viene comunicata per facilitare l'allineamento dei destinatari della relativa disciplina tributaria. Questa specifica configurazione della prassi in ambito tributario si spiega in ragione delle regole che presiedono i rapporti tra Amministrazione fiscale e cittadini, nel cui ambito l'incertezza normativa assume un rilievo ignoto ad altri segmenti dell'ordinamento. L'esistenza o meno di comunicazioni da parte degli Enti impositori, o il contrasto tra queste prassi e gli orientamenti giurisprudenziali, sono alcuni tra gli indici di una situazione di oggettiva incertezza al ricorrere della quale le conseguenze sanzionatorie dell'accertata violazione della disciplina tributaria sono escluse (v. art. 6, comma 2, d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472). Il valore giuridico di questa prassi si ricava poi dall'art. 10 della l. 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del Contribuente) al cui comma 2 si legge che "Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima", e al comma 3 che "Le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria". Per un confronto con recenti pronunce giurisprudenziali sul tema cfr. Cass., 17 maggio 2017, n. 12301; Cass., 2 dicembre 2015.

La dottrina si è a lungo interrogata sui rapporti tra le norme giuridiche e la loro applicazione giurisprudenziale, ponendo grande enfasi sulla rilevanza di dati extra-testuali nell'applicazione del diritto ai casi concreti. La stessa definizione del *diritto vivente*[112] quale diritto vigente che assume significato giuridico per mezzo della sua concreta e costante interpretazione ed applicazione giurisprudenziale, si è alimentata delle riflessioni teoriche sul rilievo della prassi interpretativa (ed applicativa) della legge da parte dei giudici[113]. Analoga attenzione non è stata invece dedicata alla prassi amministrativa. Chi se ne è occupato l'ha per lo più relegata ad un piano secondario di rilevanza, negando che le si possa attribuire una valenza giuridica paragonabile alla prassi giudiziale[114]. Ed invece non vi è ragione per non ritenere che anche la prassi amministrativa sia diritto vivente. In base alle stesse considerazioni che hanno portato la dottrina a ritenere che la concreta aggiudicazione dei diritti nella dinamica processuale definisca il diritto vivente, così anche l'applicazione del diritto vigente da parte della Pubblica Amministrazione, all'esito di un procedimento amministrativo, concorre a definire quale sia il diritto vivente con riferimento all'applicazione delle norme giuridiche interpretate ed applicate dai pubblici poteri. Il diritto vive anche al di fuori dell'aggiudicazione delle controversie; esso vive pure nelle decisioni dei funzionari che valutano caso per caso se una richiesta di iscrizione nel registro delle persone giuridiche abbia i requisiti di legge prescritti dall'ordinamento. Quindi se nel "concretare" la disciplina giuridica in materia di fondazioni la Pubblica Amministrazione dà avvio ad una prassi di interpretazione ed applicazione della disciplina applicabile, essa offre un contributo alla definizione del modello attuale di fondazione[115].

---

[112] Le espressioni "giustizia vivente" e "diritto vivente", utilizzate oggi nel significato attribuito loro dalla dottrina costituzionalistica a partire dagli anni '60 del secolo scorso, sono invero rintracciabili in nuce a partire sin dalle fonti greche del VI secolo a.C. e sono state ampiamente utilizzate nel corso dei secoli per riferirsi all'incidenza delle fonti non scritte, di prevalente derivazione giudiziale, in contrapposizione alle fonti scritte (L. MENGONI, *Diritto*, cit., 446) Nel significato oggi consolidato di diritto vivente come significato effettivo delle disposizioni normative scritte determinato dalla loro costante interpretazione giurisprudenziale cfr. T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione,* in ID., *Problemi*, cit., 140; C. ESPOSITO, *Diritto*, cit., 605; V. CRISAFULLI, *Disposizione*, cit., 207.

[113] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale,* Feltrinelli, 1988, 288. Una prassi (interpretativa) che non rileva quale fonte, per così dire, *diretta* di norme giuridiche, ma che contribuisce per mezzo dell'attività giudiziale, e quindi indirettamente, ad incidere nella definizione della disciplina giuridica applicabile al caso concreto. L. MENGONI, *Diritto*, cit., 448 osserva che un "significato normativo diventa diritto vivente quando attinge […] forza di modello unificante delle applicazioni giurisprudenziali".

[114] L. MENGONI, *Diritto*, cit., 450 nota 44 ove l'Autore evidenzia che la prassi amministrativa, a differenza di quella giudiziale, non è produttiva di diritto vivente e rientra al più "rientra tra i dati (extratestuali) della realtà effettuale individuata dalla norma come proprio ambito applicativo, i quali concorrono con i dati testuali nel processo ermeneutico di formazione della regola di decisione".

Gli studi che la stessa dottrina amministrativistica ha dedicato alla prassi delle Pubbliche Amministrazioni sono per lo più circoscritti – come ricordato poc'anzi – all'apprezzamento della sua rilevanza nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, nel cui ambito peraltro essa suscita un interesse indiretto, cioè non per il suo contenuto (che attiene al merito dell'azione amministrativa) quanto per la scelta in sé della Pubblica Amministrazione di discostarsene o di adeguarvisi e quindi quale potenziale limite esterno all'esercizio di poteri amministrativi discrezionali.

[115] La giurisprudenza è maggiormente incline della dottrina a valorizzare la prassi amministrativa. La Corte Costituzionale ha richiamato la prassi amministrativa, accanto a quella giudiziaria, in funzione di conferma di un orienta-

Si tratta di un contributo particolarmente significativo. La rarefatta disciplina codicistica, la sua incapacità di delineare un "tipo" soggettivo sufficientemente caratterizzato (come invece la dogmatica tradizionale ha creduto di poter sostenere) [116] e il passaggio del controllo pubblico da una valutazione di merito ad una di mera legittimità hanno consegnato alla prassi un ruolo centrale nel definire la cornice normativa in materia di fondazioni. La scelta legislativa di non definire modelli tipologici, ma al contempo la richiesta di valutare la legittimità dei termini di loro costituzione e funzionamento, impone all'interprete di cercare altrove il formante decisivo della fattispecie di fondazione. L'osservazione della fenomenologia contemporanea delle fondazioni indica che è la prassi ad aver assunto questo ruolo. Lungi da ridursi a semplice fonte di informazioni statistiche sugli orientamenti dell'autonomia statutaria, essa ha determinato la diffusione dei modelli soggettivi oggi più ricorrenti. Venuta progressivamente meno la forza attrattiva del tipo soggettivo unico e rigido della tradizione dogmatica, non si è creato il caos per l'assenza di modelli normativi, ma i pratici hanno creato loro stessi nuovi standard soggettivi, ricevendo l'*imprimatur* di legittimità dalla prassi amministrativa.

Il legislatore del 1942 ha plasmato le regole codicistiche al tempo in cui il prototipo socio-economico di fondazione era quello tradizionale, ma ha scelto di non definire la fondazione come tipo legale e neppure di includere tra la cornice di regole sulla fondazione precisi requisiti strutturali e di organizzazione, considerando che la secolare tradizione dogmatica potesse svolgere adeguatamente il compito di definirne i contenuti. L'odierna inattualità del prototipo storico di fondazione ha posto l'esigenza di cercare un diverso formante nella definizione del prototipo di fondazione, e lo si è trovato nella prassi [117]. La dinamica che ha condotto ad assegnare alla prassi un ruolo centrale nella definizione dello statuto vivente di fondazione non è dunque in sé diversa da quella che ha generato il modello storico di fondazione: la prassi ha semplicemente assunto oggi il ruolo che prima era consegnato alla tradizione dottrinale [118]. Diversamente

---

mento interpretativo costituzionalmente corretto (C. Cost., 06 maggio 2016, n. 95); la giurisprudenza amministrativa sovente invoca la prassi nell'elaborare un'argomentazione a sostegno di una tesi controversa o particolarmente dubbia (T.A.R. Milano, 26 novembre 2015, n. 2496; Cons. St., sez. VI, 08/08/2014, n. 4232); anche la giurisprudenza civile è disponibile ad attribuire una certa rilevanza alla prassi amministrativa, a cui viene assegnata funzione di orientamento esegetico dei dati normativi esistenti (Cass., 24 novembre 2015, n. 23960; Cass., 29 luglio 2014, n. 17250).

[116] È una delle fondamentali conclusioni a cui approda lo studio di A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*. Secondo l'opinione dell'Autore non vi sono elementi che dotino un ipotetico tipo fondazione legale di sufficiente significatività ed organicità; la riconducibilità di un dato esperienziale al modello legale lascia insoddisfatti per la mancanza di un numero sufficiente di tratti caratteristici, di struttura come di organizzazione, per poter raggiungere un grado di pregnanza tale da poter parlare di un "tipo" soggettivo. Sul metodo tipologico e sui connotati del tipo legale si rinvia alle pagine di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, 121 ss.

[117] A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in E. BELLEZZA (a cura di), *Le fondazioni*, cit., 21 afferma che la prassi ha fatto venire meno "il modello socio-economico che il legislatore storico ha visualizzato come antecedente ipotetico generale dell'istituto".

[118] Può essere così recuperato l'invito a considerare la "neutralità" delle norme in materia di associazione e fondazione; non tanto per sottolineare l'indifferenza di applicazione di tali regole all'una come all'altra figura di ente non lucrativo, ma piuttosto come indifferenza legislativa al prototipo socio-economico di fondazione (e di associazione) di volta in volta "vivente", purché superi il controllo pubblico di legittimità.

opinando si corre il rischio di prolungare la vita ad una rappresentazione storica della fondazione incapace di interpretare la realtà fenomenica come cambiamento fisiologico dei connotati della fondazione, anziché come allontanamento patologico da un archetipo astratto che in realtà non è diritto positivo, ma ipostatizzazione di una certa opzione dottrinale.

7. – Ci si può ora chiedere se dalla disamina del diritto vivente emergano dati in grado di identificare la fondazione con un certo grado di specificità nel *genus* degli enti non lucrativi.

Anzitutto vanno considerate le norme che il codice civile espressamente dedica alle fondazioni, ed in particolare alla sua costituzione ed estinzione. Uno sguardo particolare va rivolto alla possibilità di costituire fondazioni per via testamentaria. Al di là dell'aspetto tecnico, la costituzione per testamento di una fondazione ammette la possibilità di creare enti non lucrativi come decisione di ultima volontà sul destino del patrimonio delle persone fisiche. Lo scopo della fondazione sarà in tali casi certamente non egoistico, sebbene non necessariamente disinteressato. L'impossibilità di interferire nella gestione dell'attività della fondazione, di prevedere meccanismi di ritorno della dotazione patrimoniale dell'ente al patrimonio del fondatore medesimo, conferiscono una caratterizzazione specifica alle fondazioni testamentarie, non solo rispetto ad altre tipologie di fondazione, ma in generale rispetto al genere degli enti non lucrativi.

Quanto più in generale allo scopo della fondazione, agli interessi che esso asseconda e in relazione ai quali il fondatore o i fondatori si sono spogliati del patrimonio assegnato in dotazione all'ente, si è già detto che la disciplina giuridica vigente non prevede alcun profilo caratterizzante, a differenza di quanto ancora si sostiene comunemente. Ma dalla disamina della prassi amministrativa formatasi nel periodo successivo alla riforma del 2000, e quindi in regime di controlli di legittimità da parte dei pubblici poteri, emergono dati rilevanti.

Certamente non può conseguire legittimamente la personalità giuridica la fondazione il cui scopo sia contrario a norme imperativo, all'ordine pubblico o al buon costume oppure indichi un obiettivo impossibile da raggiungere; ma questi divieti valgono per qualsiasi ente non lucrativo assoggettato all'applicazione del d.p.r. n. 361/2000. All'interno della cornice della liceità e possibilità si tendono però a riconoscere limiti ulteriori. Un limite che si intravede riguarda una certa meritevolezza dello scopo, che non si riscontra nella valutazione inerente il conferimento della personalità giuridica alle associazioni [119]. Questa valutazione di meritevolezza si traduce in una precisazione di contenuto ulteriore rispetto al puro e semplice limite della liceità e possibilità. Non sembra condivisibile quella dottrina che equipara la meritevolezza degli scopi della fondazione alla realizzazione di valori costituzionali, come meta da raggiungere [120] e quindi come obbligo conformativo di carattere generale degli statuti di fondazione. Poiché anche scopi indi-

[119] Nel senso che la liceità includa anche il test di meritevolezza G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le Fondazioni*, cit., 11; A.A. CARRABBA, *Lo scopo*, cit., 763 ss.

[120] In tal senso A.A. CARRABBA, *Lo scopo*, cit., 764 ss. È innegabile che la fondazione possa porsi obiettivi coerenti con l'attuazione dei valori costituzionali; si dubita però che debba farlo necessariamente *de iure condito*.

vidualistici vengono in concreto considerati compatibili con la fondazione dalla prassi amministrativa, la meritevolezza di cui qui si discorre non si traduce in rilevanza pubblica dello scopo fondazionale, quindi non richiede al fondatore di farsi carico necessariamente della realizzazione dei precetti costituzionali. Essa però comporta la necessità che la fondazione non persegua scopi futili. La già citata previsione dell'art. 28, comma 1, cod. civ., che collega l'estinzione/trasformazione dell'ente nel caso in cui lo scopo sia divenuto "di scarsa utilità" offre un sostegno testuale preciso, a condizione che non lo si intenda quale indice normativo del necessario scopo di pubblica utilità per le fondazioni [121].

Questo allora lo scenario attuale delle fondazioni nel contesto degli enti non lucrativi. La progressiva convergenza tra i modelli operativi di associazione e fondazione da un lato indubbiamente riduce le distanze di un tempo, dall'altro non neutralizza le differenze. La prassi amministrativa focalizza l'attenzione dell'interprete sullo scopo, ma non nel senso che lo scopo sia considerato lecito se di pubblica utilità o almeno altruistico, bensì nel senso che esso debba essere meritevole, non futile. Anche uno scopo egoistico, dunque, appare alla "prova dei fatti" compatibile con la forma giuridica della fondazione, giacché il piano di rilevanza degli scopi non è la coerenza con gli interessi dell'ordinamento (casomai ancora fosse possibile oggi identificarli univocamente) ma la loro serietà, nel contesto del pluralismo dei fini associativi in senso lato. Per le associazioni una simile preoccupazione è meno rilevante perché l'attività è svolta per assecondare sempre interessi degli associati, i quali sono sempre in grado di controllare l'idoneità degli scopi ad assecondare gli interessi associativi in seno all'assemblea. Nelle fondazioni, se pur non è vietato assecondare interessi dei fondatori e ricorre in concreto l'ipotesi in cui i fondatori interferiscano nella gestione della fondazione, non è sempre e necessariamente così, e anche in tali casi non sempre i fondatori dispongono di poteri di controllo sull'attività amministrativa paragonabili a quelli che la legge assegna agli associati [122].

8. – Una prima ipotesi particolarmente interessante sulla quale può essere testata la proposta lettura della disciplina in materia di fondazioni è la fondazione di famiglia, la cui ammissibilità è ancora dibattuta in dottrina [123].

---

[121] Si rinvia a quanto detto *contra* l'opinione tradizionale a proposito dell'art. 28 cod. civ. *supra* al paragrafo 3.

[122] Non si può dire, invece, che una specificità della fondazione discenda dalla previsione, ancora in vigore, di controlli pubblici sull'amministrazione delle fondazioni (art. 25 cod. civ.). La prassi amministrativa e la giurisprudenza hanno chiarito che questa norma non attribuisce alcun potere di indirizzo delle fondazioni da parte dell'Amministrazione, né impone ad esse modalità organizzative diverse da quelle liberamente prescelte dai fondatori, ma solo il potere di intervenire a normalizzarne la situazione laddove si verifichi una delle ipotesi testualmente previste dall'art. 25 cod. civ. Cons. St., 17 giugno 2003, n. 3405; Tar Basilicata, 6 novembre 2013, n. 671, in *Foro amm. TAR*, 2013, 11, 3535. Nella stessa direzione TAR Perugia, 4 ottobre 2012, n. 407, *Foro amm. TAR*, 2012, 10, 3110 in cui si esclude che l'art. 25 cod. civ. attribuisca poteri di controlli tali da affievolire la posizione dei soggetti interessati all'impugnazione dell'atto costitutivo o dello statuto di un ente del libero primo a interessi legittimi. Conforme Cass., SS. UU, 20 settembre 2007, n. 19391 in *Foro amm. CDS*, 2007, 12, 3378.

[123] Sulle radici storiche dello sfavore per le fondazioni di famiglia v. A. FUSARO, *Le fondazioni*, cit., 18.

Tradizionalmente la fondazione di famiglia viene presa a modello di ciò che una fondazione non dovrebbe mai essere autorizzata a fare, ossia perseguire scopi interessati. Conferire un complesso patrimoniale potenzialmente in perpetuo in un soggetto di diritto il cui unico e solo scopo è quello di assicurare benessere ai discendenti o in generale alla famiglia del fondatore, anche senza condizionare l'erogazione dei benefici alla verifica di una situazione di indigenza o di bisogno, stride in particolare con il perseguimento di quella pubblica utilità ricorrendo la quale solamente si riteneva consentita l'attribuzione della personalità giuridica alla fondazione. Per molti anni si è sostenuto allora che la fondazione di famiglia non fosse compatibile con il prototipo di fondazione del diritto italiano, notando che anche all'estero, ed in Europa in particolare, accanto a Paesi che espressamente vietano fondazioni di famiglia (Francia) o ne restringono fortemente l'utilizzo (Spagna), vi siano diversi Paesi nei quali, pur in assenza di previsioni espressamente contrarie alla fondazione di famiglia, il fenomeno assume una dimensione assolutamente limitata, a riprova dell'ardua convivenza della fondazione con fini di carattere personale del fondatore [124].

Il codice civile in realtà prevede testualmente all'art. 28, comma 3, cod. civ. la possibilità che siano costituite "*fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate*" sia pure allo scopo limitato di escludere l'applicazione a dette fondazioni delle "*disposizioni del primo comma di questo articolo e dell'articolo 26*". La dottrina ha storicamente minimizzato l'impatto sistemico di questa previsione [125], della quale – al di là del suo contenuto normativo specifico – veniva enfatizzata la *ratio* di disfavore consistente nell'esclusione di soluzioni conservative alternative all'estinzione in caso di raggiungimento, esaurimento o impossibilità dello scopo originario.

Questo atteggiamento mostra con evidenza quanto il condizionamento storico della ricostruzione della fattispecie sia stato intenso. Il dato normativo è inconfutabile: fondazioni di famiglia sono permesse dal nostro ordinamento giuridico dal momento che vengono testualmente previste [126]. Va dunque rovesciata l'impostazione tradizionale [127] e trarre dalla previsione di fondazioni "*destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate*" le conseguenze sul piano sistemico, tra cui quella che l'ordinamento non richieda la costituzione di fondazioni ad

---

[124] Vi sono però anche Paesi europei che espressamente disciplinano le fondazioni di famiglia, come nel caso del Lichtenstein, sul quale si veda T. ZWIEFELHOFER, *Liechtenstein: the reform of foundation law*, in *Trust &Trustees*, 2009, 374. Per un'analisi comparatistica non solo europea cfr. il Final Report del "*Feasibility Study on a European Foundation Statute*" (ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/ feasibilitystudy_en.pdf), voluto dalla Commissione Europea per monitorare lo stato di evoluzione del fenomeno delle fondazioni nel mondo, ed in Europa in particolare, anche al fine di valutare l'opportunità di un futuro intervento del legislatore europeo. In dottrina v. L. FERRARA, *Le fondazioni nel sistema europeo*, in G. PALMA, G. FORTE, *Fondazioni*, cit., 83 ss.

[125] L'opinione più autorevole in tal senso è di F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 412, nota 12.

[126] M.V. DE GIORGI, *Le fondazioni*, cit., 449-450 trae dalla previsione dell'art. 28, comma 3, cod. civ. la conclusione che la fondazione di famiglia sia ammissibile ed in relazione ad essa debba ammettersi "sufficiente un fine non egoistico". Nello stesso senso P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 810; G. GUARINO, *Le fondazioni*, cit., 11 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 143 ss.

[127] Per tutti F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 188 ss.

esclusivo scopo di pubblica utilità. Si risolve in un'autentica forzatura ipotizzare che l'esclusivo vantaggio familiare possa convivere con l'utilità pubblica dello scopo [128], giacché non vi è nulla di più lontano da interessi altruistici e disinteressati di dar vita ad una fondazione che abbia come scopo esclusivo l'assicurazione di un beneficio permanente ai discendenti del fondatore (ovvero l'ipotesi più plausibile di fondazione di famiglia).

La lettura del comma 3 dell'art. 28 cod. civ. va così condotta senza preconcetti. La ragione dell'esclusione dalla disciplina sulla trasformazione per le fondazioni di famiglia si riconduce facilmente all'incoerenza della disciplina sulla trasformazione che assegna all'Amministrazione Pubblica il potere di modificare lo scopo originario di costituzione in relazione a fondazioni che perseguano scopi di carattere familiare. La previsione per le fondazioni di famiglia della sola disciplina dell'estinzione, lungi dall'evidenziare un atteggiamento di ostilità, è intesa ad impedire che uno scopo di indole schiettamente personale possa essere modificato a discrezione dell'Amministrazione. Individuare uno scopo alternativo al beneficio per la discendenza del fondatore quando, ad esempio, la linea familiare si sia estinta, non sembra facilmente immaginabile ed ogni soluzione alternativa apparirebbe un arbitrio rispetto all'originario intendimento [129]. In altre parole, nel caso delle fondazioni di famiglia, il legislatore prende atto dell'impossibilità di dare applicazione al criterio fondamentale della minor difformità possibile dalla volontà del fondatore (art. 28, comma 1, cod. civ.), e così prevede espressamente l'estinzione come unica soluzione *ex lege* alla "crisi" dello scopo [130].

Si ripropone il tema della neutralità delle disposizioni codicistiche in materia di fondazione. Le norme contenute agli artt. 14-35 cod. civ. non esprimono né favore né disfavore per le fondazioni; questi sono semmai atteggiamenti che la dottrina ha assunto nel corso del tempo anche prima ed indipendentemente dal dettato legislativo. Non avendo ragion d'essere il pregiudizio sulla fondazione come ipotesi "eccezionale" di personificazione di un patrimonio in ragione dell'utilità dello scopo, non possono nutrirsi dubbi che uno scopo indubbiamente interessato, anche se non egoistico, qual è quello del fondatore di una fondazione di famiglia sia compatibile con il modello giuridico di fondazione, giacché la serietà e non futilità dello scopo appare chiaramente possibile in una fondazione creata per l'interesse della famiglia del fondatore o di terzi [131]. La prassi amministrativa offre argomenti decisivi per sostenere la legittimità della fondazione di famiglia e che la sua costituzione non preveda necessariamente il perseguimento anche

---

[128] Questa è ancora l'opinione dominante. Cfr. M.V. DE GIORGI, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, II, 79 ss.; E. MOSCATI, *Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, II, 31; S. DE GÖTZEN, G. IORIO, *Art. 28*, cit., 267 e 272 ss. in cui gli Autori optano però per una nozione più attenuata di utilità sociale nel caso delle fondazioni di famiglia valorizzando proprio la prassi amministrativa. In questa stessa direzione già A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 43 ss.

[129] M. COSTANZA, *I soggetti*, cit., 63-64 legge la previsione dell'art. 28, comma 3, cod. civ. come "una manifestazione di rispetto per l'autonomia del fondatore e come un argine alle ingerenze dell'Autorità".

[130] Ciò peraltro non impedisce che il fondatore della fondazione di famiglia preveda statutariamente che in caso di esaurimento o impossibilità dello scopo l'ente si trasformi, individuando modi e tempi di trasformazione.

[131] Nel senso dell'utilità economica di una fondazione di famiglia A. FUSARO, *Le fondazioni*, cit., 22.

di scopi di pubblica utilità, essendo pacifica la legittimità della costituzione di fondazioni che abbiano quale loro scopo quello di assicurare benessere ai discendenti di una famiglia [132].

L'argomento contrario tratto dalla disciplina sul fedecommesso è stato ormai superato in dottrina, come già riferito in precedenza [133] e con esso svanisce anche la pretesa necessità che la fondazione di famiglia, quand'anche ammessa e nel contesto di una riconsiderazione della rigidità del requisito dell'utilità sociale dello scopo, debba comunque essere collegata ad una specifica situazione di indigenza o bisogno dei componenti della famiglia beneficiata. Resta la sola condizione di non scarsa utilità dello scopo, menzionata peraltro proprio dall'art. 28 cod. civ. al primo comma e che appare l'unico autentico limite normativo con riferimento allo scopo della fondazione. Anche nella fondazione di famiglia dovrà essere rispettato il divieto di costituzione di enti con scopo palesemente futile o non seriamente raggiungibile. Ma altri limiti non possono più essere frapposti alla costituzione di fondazioni familiari.

La coerenza della fondazione di famiglia con il modello vivente di fondazione consente anche di prendere posizione in senso negativo sul dubbio che la fondazione di famiglia debba considerarsi un ente atipico, sia pure nominato dal legislatore. Il tema non si pone rispetto all'assoggettamento al sistema vigente di controlli pubblici, giacché la già citata formula dell'art. 1, comma 1, d.p.r. n. 261/2000 estende tale sistema a tutte "*le istituzioni di carattere privato*" indistintamente. L'atipicità della fondazione di famiglia sarebbe semmai rilevante rispetto all'applicazione o meno delle norme in materia di fondazione *tout court*. Poiché dunque la fondazione di famiglia non risulta collocata in una posizione di sfavore rispetto ad altre tipologie di fondazione, né dalla legge, né dalla prassi amministrativa, non vi è ragione per concludere per la sua atipicità onde ritenere esclusa l'applicazione automatica delle norme in materia di fondazione in generale (salvo l'esclusione testuale prevista dall'art. 28, comma 3, cod. civ.).

9. – Il prototipo di fondazione con più marcati tratti di ibridazione col modello corporativo è la fondazione di partecipazione. Una particolare tipologia di fondazione di partecipazione che si sta imponendo nella prassi è la fondazione di comunità [134]. Si tratta di una specie di fondazione

---

[132] Voci favorevoli in tal senso vengono da R. COSTI, *Fondazione*, cit., 13; P. RESCIGNO, Fondazione, cit., 832 secondo il quale nessuna norma "esclude che i fondatori riservino a se stessi (e non ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione". Con espresso riferimento alla prassi, anche straniera, cfr. le riflessioni di A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2017, 101 ss. il quale attribuisce "la scarsa diffusione dell'impiego italiano della fondazione in ambito familiare […] ai margini di incertezza che circondano la sua disciplina, rimasta priva di implementazione in ragione dello scarso impiego".

[133] Cfr. *supra* paragrafo 2.

[134] La letteratura giuridica non si è interessata particolarmente a questo genere di fondazioni. Diversamente, la letteratura sociologica si occupa da tempo del fenomeno delle fondazioni di comunità, di cui enfatizza la capacità di proporsi come "intermediari" tra la cittadinanza e le istituzioni pubbliche e private che operano sul territorio. Cfr. F. FERRUCCI, *Capitale sociale e partnership tra pubblico, privato e terzo settore. Vol II Il caso delle fondazioni di comunità*, FrancoAngeli, 2010; L. BANDERA, *Le fondazioni di comunità: una nuova declinazione della filantropia*, in F. Maino, M. Ferrera (a cura di), *Primo Rapporto sul secondo welfare in Italia*, Einaudi, 2013; M FRANZON, E. PEZZI, *Le fondazioni comunitarie in Italia: sviluppo e tendenze*, in *Queste istituzioni*, 2010, 136 ss.

che si è sviluppata in Europa nei Paesi di lingua tedesca (*Bürger-stiftung*), in Germania in particolare, e poi anche in Svizzera, e si è poi diffusa a partire dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso anche in altri Paesi, compresa l'Italia [135]. La fondazione di comunità persegue scopi funzionali allo sviluppo o al benessere di una comunità locale; enti pubblici locali, associazioni di categoria, istituti scolastici, imprese, ordini professionali, enti ecclesiastici, ma anche fondazioni bancarie e associazioni di volontariato si fanno promotori della costituzione dell'ente [136], a volte anche quale esecuzione di un onere testamentario collegato ad un lascito "alla cittadinanza" o "alla comunità" [137].

Singoli cittadini appartenenti alla comunità locale talvolta si affiancano alle istituzioni pubbliche e private in qualità di fondatori, ma anche quando ciò accada, la presenza di persone fisiche resta comunque minoritaria [138].

Le fondazioni di comunità, che assumono spesso la veste di onlus, presentano una caratteristica interessante sotto il profilo del generale inquadramento della fattispecie: essi si pongono come obiettivo immediato quello di raccogliere fondi ulteriori al patrimonio di dotazione e ai proventi dell'eventuale attività svolta dalla fondazione. In alcuni casi, gli statuti fondativi prevedono un organismo rappresentativo dei fondatori, con poteri di volta in volta diversi, ma comunque in grado di interferire in modo più o meno intenso con la gestione delle attività della fondazione; sovente in tali ultimi casi chi abbia contribuito all'accrescimento del patrimonio della fondazione acquista il diritto di partecipare assieme ai fondatori agli organi rappresentativi in seno alla fondazione, a volte anche con le stesse prerogative dei fondatori [139].

Pur nell'estrema varietà delle loro concrete configurazioni, alcune fondazioni di comunità presentano un livello di ibridazione tra il modello associativo e quello fondazionale più intenso

---

[135] Enti non profit con scopi di sviluppo della qualità della vita di comunità locali si trovano sin dai primi decenni del '900 negli Stati Uniti e poi nel Regno Unito con la denominazione di *community foundations*. Il fenomeno è in tutto e per tutto comparabile con quello poi sviluppatosi in Europa, sebbene la struttura di questi enti e il contesto giuridico complessivo in cui si iscrivono sono sensibilmente diversi da quelli a cui si fa riferimento nell'Europa continentale quando si parla di fondazioni. Per notizie sulle *community foundations* di matrice anglosassone si rinvia a P.D. HAL, *The community foundation in America, 1914-1987*, in R. MAGAT (a cura di), *Philanthropic Giving*, OUP, 1989; D. HAMMACK, *Community foundations: The delicate question of purpose*, in R. MAGAT (a cura di), *An agile servant: Community leadership by community foundations*, The Foundation Center, 1989.

[136] F. GALGANO, *Delle persone*, cit., 195, nota 3, sostiene la legittimità della costituzione di una fondazione da parte di enti giuridici, anche lucrativi, e anche di enti pubblici a cui non è precluso l'utilizzo di strumenti privatistici come la fondazione per il raggiungimento di scopi istituzionali.

[137] Si veda il caso della fondazione municipale di Francoforte, creata in esecuzione dell'onere testamentario connesso all'istituzione della città di Francoforte, da parte di Adolph von Holzhausen, quale suo erede. Il lascito onerato consisteva nel castello di famiglia del *de cuius* (www.buergerstiftung.de/de/node/1).

[138] Per alcuni esempi concreti si veda, ad esempio, lo statuto della "Fondazione di comunità vicentina per la qualità di vita" (www.fondazionevicentina.it/home/attachments/article/17/fondazione_statuto_2004-08-17.pdf), lo statuto della "Fondazione della comunità bresciana" (www.fondazionebresciana.org/statuto/), lo statuto della "Fondazione della comunità della Provincia di Mantova" (www.fondazione.mantova.it/statuto/).

[139] È il caso della "*Fondazione della comunità salernitana*" (www.fondazionecomunitasalernitana.it/statuto/), o della "*Fondazione di comunità del canavese*" (www.fondazionecomunitacanavese.it/wp-content/uploads/2013/11/Statuto-Fondazione-di-Comunit%C3%A0.pdf).

di quanto generalmente riferito in dottrina alle fondazioni di partecipazione *tout court*. Non si prevede solamente che vi sia un organismo rappresentativo dei fondatori con poteri decisori o di controllo dell'organismo amministrativo[140], ma è previsto che i finanziatori della fondazione possano affiancarsi ai fondatori e prender parte con loro in qualità di componenti all'organismo rappresentativo. Soggetti diversi dai fondatori, dunque, entrano in fondazione, esattamente come i nuovi associati entrano a far parte di un'associazione. L'estensione del meccanismo assembleare si accompagna ad una parziale condivisione della figura stessa dell'associato nel modello corporativo.

Inoltre, la necessità di promuovere finanziamenti denuncia la fisiologica insufficienza del fondo di dotazione originario a perseguire gli scopi fondazionali. Viene così depotenziato ulteriormente nel modello delle fondazioni di comunità l'elemento patrimoniale storicamente al centro della definizione stessa di fondazione quale patrimonio destinato ad uno scopo. È vero che anche nella tradizionale concezione delle fondazioni era ammesso che esse svolgessero attività economica al fine di potenziare la disponibilità economica del fondo originario; ma era pur sempre la dotazione iniziale a rappresentare il capitale investito ed in relazione alla sua intrinseca adeguatezza allo scopo che veniva rilasciata la personalità giuridica. Ed invece nelle fondazioni di comunità è ricorrente la previsione che la fondazione acquisisca risorse esterne a quelle inizialmente messe a disposizione dai fondatori. Con l'ulteriore e non secondaria conseguenza che scopi indicati nello statuto delle fondazioni di comunità non possano essere perseguiti se non quando sia raggiunta una certa consistenza patrimoniale attraverso l'attività di *fundraising*.

La particolare conformazione dinamica del patrimonio di queste fondazioni suggerisce di interpretare in modo altrettanto dinamico le disposizioni in materia di costituzione ed estinzione delle fondazioni. L'insufficienza attuale della dotazione patrimoniale così come non può essere di per sé valutata alla stregua di una causa di impossibilità di raggiungimento dello scopo ai fini dell'applicazione degli artt. 27 e 28 cod. civ., allo stesso modo non può essere considerata dall'Amministrazione in senso statico nel momento in cui è chiamata a valutare "che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo" ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.p.r. n. 361/2000.

L'insufficienza patrimoniale va dunque valutata diacronicamente nel contesto dello sviluppo nel tempo dell'attività dell'ente così come prefigurato dalle previsioni statutarie. La prassi nella costituzione delle fondazioni di comunità indica che il requisito genetico e funzionale dell'adeguatezza patrimoniale agli scopi statutari possa essere ripensato. Non si tratta di un criterio da applicarsi con metodo quantitativo e statico, ma qualitativo e dinamico, ossia come capacità di generare "introiti" in grado di supportare l'attività necessaria per raggiungere gli scopi fondazionali.

Il criterio definitorio del patrimonio destinato lascia il posto ad una valutazione economica

---

[140] Si prenda ad esempio l'art. 8 dello statuto della "*Fondazione della comunità salernitana*" (v. *supra* nota precedente).

prospettica, rispetto alla quale solo il riconoscimento di un'assoluta incapacità organizzativa di dar vita a processi virtuosi di reperimento di fondi idonei a sostenere le attività istituzionali conduce ad una valutazione negativa in sede di costituzione o crea le condizioni per l'applicazione delle disposizioni su estinzione o trasformazione delle fondazioni.

La prassi delle fondazioni di comunità ha dunque messo in luce un nuovo modo di intendere il requisito economico della fondazione. Il fondo di destinazione è prefigurato dalla tradizione al centro del processo di costituzione e dell'attività della fondazione; in relazione ad esso si sono sviluppate le contrarietà ideologico-giuridiche alla fondazione intesa come strumento di segregazione di ingenti patrimoni alle dinamiche di mercato. La fondazione di comunità dimostra invece che il patrimonio può anche essere collocato ai margini della geometria della fondazione. Un patrimonio di non grandi dimensioni e di per sé solo inadeguato a raggiungere gli scopi statutari può sostenere la costituzione di una fondazione. La capacità di attrarre nuove fonti di finanziamento per sostenere l'attività della fondazione integra la dotazione iniziale e pone al centro dell'edificazione dell'ente l'elemento organizzativo. Come nel modello associativo, è l'organizzazione che deve anzitutto mostrarsi in grado di raggiungere gli scopi statutari, anche se la capienza economica attuale della fondazione non sia di per sé sufficiente a garantirlo. L'ibridazione tra i modelli socio-economici tradizionali non potrebbe essere maggiore, dimostrando ancora una volta che la prassi ha saputo demistificare costruzioni dottrinali che si presupponevano implicate necessariamente dal diritto positivo e che invece si rivelano sola una delle diverse opzioni possibili a disposizione dell'autonomia privata.

10. – L'esame del tessuto normativo e della prassi operativa e amministrativa restituisce una configurazione variabile dei rapporti tra enti non lucrativi, in cui è comunque possibile rintracciare specificità disciplinari relative alle singole figure nominate dal codice civile. La fondazione in particolare si è oramai affrancata "*da quella condizione di inferiorità nei confronti della corporazione nella quale la dottrina tradizionale la confinava*" [141] e una spinta decisiva in tale direzione è venuta dalla prassi operativa, che ha saputo trovare alternative al modello unico tradizionale, legittimate dal riconoscimento pubblico. Dall'unicità statica del "tipo" fondazionale si è passati al pluralismo aperto della "specie" fondazione nel genere degli enti non lucrativi.

Un indizio che la direzione assunta dalla prassi sia corretta arriva dalla lettura della disciplina primaria e secondaria alla luce dei precetti costituzionali [142]. Il principio di libertà associativa, la promozione e tutela delle formazioni sociali, il pluralismo democratico invitano ad un'interpretazione pluralista delle norme applicabili agli enti non lucrativi, che dia conto della centralità dell'elemento organizzativo e con esso della figura dei fondatori e di tutti coloro che più in generale partecipano alla vita dell'ente, contribuendo al raggiungimento dei suoi scopi. L'auto-

[141] P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 17.

[142] Così esplicitamente M. BASILE, *Associazioni*, cit., 31.

nomia privata assume così un ruolo inedito nelle fondazioni, e la rarefazione del tessuto normativo si propone in termini di neutralità del diritto positivo rispetto alle costruzioni della prassi, liberata da condizionamenti dogmatici e vincoli storici [143].

[143] Un interessante cenno alla centralità dei precetti costituzionali nella definizione dell'identità degli enti giuridici si trova in P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 502 in cui l'Autore, nell'evocare il pensiero di Massimo Basile, ne coglie l'essenziale invito al confronto della disciplina codicistica con i precetti costituzionali tutti, non solo quelli contenuti nell'art. 18 sulla libertà di associazione.

JUS CIVILE

DARIO BUZZELLI

Avvocato

L'ASSEGNO DI DIVORZIO, VENTISETTE ANNI DOPO

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. Criteri di attribuzione e criteri di quantificazione dell'assegno di divorzio nell'evoluzione giurisprudenziale. – 3. La portata innovativa della sentenza. – 4.* Segue. *Il nuovo parametro dell'indipendenza economica del coniuge debole. – 5. Problemi e prospettive.*

1. – I fatti sono abbastanza conosciuti. Un noto personaggio si rivolge al Tribunale di Milano per ottenere lo scioglimento del matrimonio. In tale sede la moglie, imprenditrice, chiede l'attribuzione dell'assegno divorzile allegando la mancanza di redditi adeguati a conservare il tenore di vita matrimoniale e la sperequazione tra la situazione reddituale e patrimoniale propria e quella del marito.

La relativa domanda viene respinta sia in primo grado che in appello.

La Suprema Corte, adita dalla moglie, rigetta il ricorso e, correggendo la motivazione in diritto della sentenza impugnata, supera, ritenendolo "non più attuale", l'orientamento assolutamente consolidato, e risalente al 1990, che individua nel tenore di vita matrimoniale il parametro cui rapportare l'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge richiedente l'assegno [1].

2. – Dopo ventisette anni la Cassazione muta giurisprudenza su un tema di grande interesse e rilevanza pratica: quello della individuazione delle condizioni per il riconoscimento dell'assegno al coniuge divorziato.

Come è ben noto, all'indomani della riforma del 1987, che aveva riformato la disciplina dell'assegno di divorzio subordinando l'insorgenza del relativo diritto alla condizione che il richiedente non abbia «mezzi adeguati» o comunque non possa procurarseli «per ragioni oggettive», si era delineato proprio con riferimento all'interpretazione di tale condizione un contrasto interpretativo all'interno della stessa Prima Sezione della Cassazione [2]; contrasto risolto dalle

[1] Cass. 10 maggio 2017 n. 11504, in *Fam. dir.*, 2017, 636, con nota di AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale* e di DANOVI, *Assegno di divorzio e rilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti.*

[2] E che vedeva contrapposti da un lato l'orientamento secondo cui l'assegno di divorzio doveva essere attribuito qualora il coniuge richiedente non disponesse di mezzi adeguati per permettergli di conservare il tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio (Cass. 17.3.1989, n. 1322, in *Foro it.*, 1989, I, 1, 2512, con nota di QUADRI, *La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma;* Cass. 4.4.1990, n. 799, ivi, 1990, I, 2533); dall'altro,

Sezioni Unite con una serie di pronunce emesse nel 1990 tutte nello stesso giorno [3].

Con tali pronunce la Cassazione ha stabilito che l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente vada determinata con riferimento al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del medesimo che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio. L'importo necessario per assicurare al coniuge debole il mantenimento del tenore di vita matrimoniale è però, secondo le Sezioni Unite, solo il «tetto massimo» dell'assegno divorzile, giacché la sua concreta determinazione deve essere effettuata in base alla valutazione ponderata e bilaterale degli altri parametri indicati dall'art. 5, co. 6, l. div. (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio), i quali opererebbero come «fattori di moderazione» fino al possibile azzeramento dell'assegno [4].

Nonostante la posizione fortemente dissenziente assunta dalla prevalente dottrina dell'epoca [5] e successiva [6], l'indirizzo tracciato dalle Sezioni Unite è rimasto da allora sostanzialmente

---

l'indirizzo propenso invece a individuare il parametro di riferimento dell'inadeguatezza nella condizione del coniuge privo di mezzi necessari al soddisfacimento dei propri bisogni, secondo un modello di vita economicamente autonomo, libero e dignitoso (Cass. 2.3.1990, n. 1652, in *Foro it.*, 1990, I, 1165, con note di MACARIO, *Assegno di divorzio e "mezzi adeguati"* e di QUADRI, *La Cassazione "rimedita" il problema dell'assegno di divorzio*).

[3] Cass., Sez. Un., 29.11.1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67, con note di QUADRI, *Assegno di divorzio la mediazione delle Sezioni Unite,* e V. CARBONE, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*.

[4] Cass. Sez. Un. 29.11.1990, n. 11490, cit.

[5] Tra gli Autori, che già all'indomani della novella del 1987, si erano espressi nel senso di definire il concetto di mezzi adeguati in funzione del tenore di vita economicamente autonomo, libero e dignitoso e non invece di quello goduto in costanza di matrimonio, v., sia pure con alcune sfumature, MACARIO, *Sub art. 10, l. 6 marzo 1987, n. 74,* in N. Lipari (a cura di), *Nuove norme sulla disciplina dei caso di scioglimento del matrimonio,* Padova, 1988, 103; TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto è il senso della riforma,* in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 131; BIN, *I rapporti di famiglia sentenza d'un anno,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1987, 325; BRUSCUGLIA, GIUSTI, in *Commentario alla riforma del divorzio, sub art. 5,* Milano 1987, 79; LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime riflessioni sulla legge 6 marzo 1987, n. 74)*, in *Dir. fam.,* 1988, 455; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma,* Bologna, 1988, 97.

[6] ARGIROFFI, *Gli alimenti. I profili oggettivi del rapporto,* Torino, s.d., ma 1993, 30; BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale,* in G. Bonilini-F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio. Il codice civile. Commentario,* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, III ed., pp. 580 ss.; BARBIERA, *Il mantenimento del tenore di vita matrimoniale, un controsenso rispetto alla cassazione degli effetti civili del matrimonio,* in *Giur. it*., 2000, I, 1, 465; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale nel sistema del diritto privato,* I, Milano, 2002, p. 387; TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari,* Napoli, 2004, p. 144; AULETTA, *Diritto di famiglia,* Torino, 2011, p. 429; TOTARO, *Gli effetti del divorzio,* in *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, in *Tratt. Zatti,* I, 2, Milano, 2011, p. 1163; FERRANDO, *Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 727; ALCARO, *Nota in tema di assegno divorzile; il "tenore di vita in costanza di matrimonio", un'aporia interpretativa*, in *Fam. dir.*, 2013, 1079; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p.196, ss.; M. PALAZZO, *Le progressive aperture della Suprema Corte al principio di autoresponsabilità nella configurazione dell'assegno post-matrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 430 ss.; BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato,* in *Fam.dir.*, 2015, 476 ss.

immutato [7], arricchendosi, anzi, di alcuni corollari che hanno via via accentuato l'applicazione estensiva del criterio del tenore di vita matrimoniale [8].

Unica significativa eccezione nel riferito panorama giurisprudenziale è rappresentata da una recente decisione del Tribunale di Firenze che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'interpretazione giurisprudenziale consolidata per violazione dei principi sanciti dagli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione, con particolare riferimento a quello di ragionevolezza [9]. Vi sarebbe, secondo i giudici toscani, una palese contraddizione logica e giuridica fra l'istituto del divorzio, che ha come scopo proprio quello della cessazione del matrimonio e dei suoi effetti e la disciplina risultante dalla regola di diritto vivente in questione, che di fatto proietta oltre l'orizzonte matrimoniale il «tenore di vita» in costanza di matrimonio quale elemento attributivo e quantificativo dell'assegno, prolungando all'infinito i vincoli economici derivanti da un fatto (il matrimonio) che viene meno proprio per effetto del divorzio, senza che vi sia una giustificazione adeguata sotto il profilo della tutela di interessi e diritti costituzionali [10].

La Corte Costituzionale con una decisione invero assai scarna e declinando, nella sostanza, come rileva anche la sentenza in commento, l'invito del Giudice remittente a valutare la legittimità del dogma del tenore di vita matrimoniale quale parametro di determinazione dell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente l'assegno, ha dichiarato infondata la questione [11]. Ciò sul rilievo che, secondo la stesso orientamento denunciato, il tenore di vita matrimoniale

---

[7] Un'accurata ricognizione critica del percorso giurisprudenziale successivo alla linea tracciata dalle Sezioni Unite è contenuta nel saggio di M. PALAZZO, *Le progressive aperture della Suprema Corte al principio di autoresponsabilità nella configurazione dell'assegno post-matrimoniale,* cit., p. 426 ss. Per uno spaccato ricostruttivo più ampio, inclusivo anche del dibattito dottrinale, v. ora il più recente volume di C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale,* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, *La crisi della famiglia,* II, Milano 2015, 116 ss..

[8] Si ritiene infatti che detto tenore di vita debba essere individuato in quello potenziale e non in quello concordato o tollerato nel corso del matrimonio (Cass. 26.11.1996 n. 10465, in *Fam. dir.* 1997, 167; Cass. 30.3.2009 n. 7614, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2009, I, 907; Cass. 16.10.2013, n. 23422, in *Dir. e giust*., 17 ottobre 2013.), e debba valutarsi anche con riferimento ai miglioramenti dell'ex coniuge debitore successivi al divorzio in quanto sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio (Cass. 8.10.2008, n. 24858, in; Cass. 28.1.2004 n. 1487, in *Fam. dir.*, 2004, 237, con nota di LIUZZI, *Assegno di divorzio e incrementi reddituali;* Cass. 4.10.2010, n. 20582, in *Giust. Civ.,* 2011, 1266; Cass. 5.3.2014, n. 5132, *in Fam. dir.*, 2014, 391); sino al punto di considerare rilevanti, non solo i beni acquisiti per successione durante la convivenza matrimoniale dal coniuge obbligato, ma anche quelli acquistati dopo la separazione, poiché tali beni vanno ad accrescere il suo reddito personale (Cass. 19.11.2010, n. 23508, in *Dir. fam. e pers., 2011, 1196).*

[9] Trib. Firenze, ord. 22.5.2013, n. 239, in *Fam. dir.,* 2014, p. 687, con nota di AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, e di MORRONE, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del "medesimo tenore di vita".*

[10] Trib. Firenze, ord. 22 maggio 2013, cit., ove l'ulteriore rilievo secondo cui se la finalità dell'art. 5 co. 6, l. div., anche alla luce della sua formulazione letterale, è quella assistenziale, l'individuazione del presupposto dell'assegno nello sbilanciamento delle situazioni patrimoniali degli *ex* coniugi e la quantificazione di esso in misura congrua a mantenere il tenore di vita coniugale, non costituiscono «un arricchimento della funzione assistenziale indicata dalla legge, ma una sua alterazione, che travalica il dato normativo e la stessa intenzione del legislatore».

[11] Cfr. Corte Cost. 11.2.2015, n. 11, in *Fam. Dir.*, 2015, 537 con nota di AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità.*

non costituirebbe l'unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull'assegno di divorzio, dovendo concorrere con gli altri criteri indicati dalla legge, i quali come s'è visto, agiscono come fattori di moderazione e diminuzione dell'assegno individuato in astratto [12]. Con ciò, tuttavia, non considerando la Corte che gli altri criteri ai quali pure fa riferimento l'art. 5, co. 6, l. div., e di cui il giudice deve tener conto, incidono esclusivamente sulla quantificazione dell'assegno, sicché il tenore di vita matrimoniale resta pur sempre il solo ed unico parametro per determinare l'*an debeatur* dell'attribuzione [13].

Là dove non è arrivato il giudice delle leggi, giunge ora la giurisprudenza di legittimità con la sentenza in commento.

3. – Con questa decisione, che segna una svolta di grande rilievo in materia, la Cassazione abbandona il criterio del mantenimento del tenore di vita matrimoniale e accoglie invece quello dell'indipendenza o autosufficienza economica del coniuge richiedente l'assegno. Ciò significa che se l'ex coniuge è economicamente autosufficiente, l'assegno di divorzio non è dovuto, ancorché detta autosufficienza non sia tale da garantirgli il mantenimento del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Nella sostanza la conclusione cui perviene la sentenza non è molto diversa da quella, già suggerita dalla prevalente dottrina ed accolta da Cass. n. 1652/1990, che individua il parametro di riferimento dell'inadeguatezza nella condizione del coniuge privo di mezzi necessari al soddisfacimento dei propri bisogni, secondo un modello di vita economicamente autonomo, libero e dignitoso [14].

Diverse sono, invece, come vedremo, i passaggi argomentativi e, soprattutto, le coordinate concettuali che conducono all'individuazione del nuovo parametro.

La decisione ha riguardo ad un caso che sembra riprodurre in modo esemplare i termini della questione: sussistenza di un alto tenore di vita matrimoniale, sperequazione tra le situazioni reddituali e patrimoniali dei coniugi, richiesta del coniuge più debole di conservazione di detto tenore mercé l'attribuzione dell'assegno divorzile.

L'*iter* argomentativo attraverso cui la Cassazione perviene all'indicata nuova soluzione fa leva innanzitutto su una rilettura della disciplina dei rapporti tra i coniugi nel passaggio dallo *status* coniugale a quello di *ex* coniugi.

Sciolto il matrimonio – è il ragionamento, solo apparentemente scontato, della sentenza –il rapporto coniugale si estingue in modo definitivo, tanto sul piano dello *status* personale dei coniugi, i quali devono quindi considerarsi da quel momento in poi «persone singole», che su

---

[12] Corte Cost. 11.2.2015, n. 11, cit.

[13] BUZZELLI, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile,* in *Giur. it.*, 2015, 2084.

[14] v. *retro* n. 2

quello dei loro rapporti economici–patrimoniali e, in particolare, del reciproco dovere di assistenza morale e materiale.

E il diritto all'assegno di divorzio, che presuppone il perfezionarsi della fattispecie estintiva del rapporto matrimoniale, è riconosciuto all'ex coniuge nella predetta condizione "di persona singola" e non invece come "parte" di un rapporto matrimoniale ormai estinto anche sul piano economico patrimoniale. Inoltre, esso, stando alla chiara trama dell'articolata formulazione normativa, è attribuito all'esito di un giudizio rigorosamente distinto in due fasi: quella dell'*an debeatur*, avente ad oggetto l'accertamento della mancanza di mezzi adeguati da parte dell'ex coniuge ovvero dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive; e quella, eventuale, che viene in rilievo solo all'esito positivo della prima fase, del *quantum debeatur,* avente ad oggetto la determinazione quantitativa dell'assegno.

Le conseguenze di tali ineccepibili premesse sono allora evidenti: il parametro del tenore di vita è incompatibile con la natura stessa del divorzio e con i suoi effetti giuridici, sicché il riferimento ad esso nella fase di attribuzione dell'assegno determina, come inammissibile conseguenza, l'ultrattività del vincolo matrimoniale, sia pure limitatamente alla dimensione economica–patrimoniale del preesistente rapporto, dimensione che viene, invece, in rilievo soltanto nella seconda eventuale fase del giudizio avente ad oggetto la quantificazione dell'assegno.

È evidente in questa nuova presa di posizione della Cassazione l'influenza della *scientia iuris* che da tempo segnala la distanza che si misura nei rapporti tra i coniugi nel passaggio da uno *status* all'altro [15] e che, lungi dal consentire il richiamo a istituti e concetti propri del rapporto matrimoniale, impone invece, di fare più correttamente riferimento alle nuove caratteristiche morfologiche che connotano il rapporto in relazione al quale il diritto all'assegno insorge. Il riguardo a tali dati inducendo allora a riferire la funzione dell'assegno non già all'esigenza di assicurare all'ex coniuge il mantenimento del tenore di vita matrimoniale, bensì invece alla tutela della persona dell'ex coniuge (non risposato) che si venga a trovare nella condizione di essere privo o comunque impossibilitato a procurarsi i mezzi adeguati al proprio mantenimento e, dunque, in una condizione che, pur non potendo ancorarsi alla soglia della sopravvivenza, viene a coincidere con uno stato di bisogno latamente inteso [16].

Così come appare di notevole rilevanza, nella filosofia che anima la svolta della Cassazione, la rilettura del fondamento dell'istituto, individuato ora nel dovere inderogabile di solidarietà economica (art. 2, in relazione all'art. 23, Cost.) che i coniugi sono chiamati ad assolvere nell'indicata posizione di ormai persone "singole" *allorquando* uno di essi non sia economica-

---

[15] Già a partire dal fondamentale contributo di FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia,* in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 620, nel quale si evidenzia come l'obbligo di mantenimento (che ricomprende sia l'assegno di separazione che quello di divorzio) si pone in termini di incompatibilità e di reciproca esclusione con il dovere di contribuzione; e dalle sensibili osservazioni di ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da Rescigno, 3, *Persone e famiglia*, II, Torino, 1996, 237, a proposito del tenore di vita coniugale e dalla situazione economica che si viene a determinare allorché all'unico *menage* familiare se ne sostituiscono due.

[16] Cfr. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, cit., 479.

mente autosufficiente. In mancanza di tale presupposto, la solidarietà economica tra gli ex coniugi non opera e l'eventuale riconoscimento del diritto si risolverebbe in una locupletazione illegittima, in quanto fondata esclusivamente sul fatto della "mera preesistenza" di un rapporto matrimoniale ormai estinto [17].

È chiaro il sottinteso assiologico che fa da perno al recitativo della Cassazione: il pregresso rapporto matrimoniale fonda *sì* il dovere di solidarietà economica tra gli ex coniugi, ma l'operatività di tale solidarietà scatta *solo se e quando* l'ex coniuge non sia economicamente autosufficiente. In coerenza con questa impostazione, nei principi di diritto enunciati a conclusione della decisione, la «solidarietà economica» viene espressamente ricondotta a principio «informatore» della fase del *quantum debeatur* dell'assegno.

Il dovere di «solidarietà economica», così delineato, fonda la natura esclusivamente «assistenziale» del diritto.

Al di là di tale ribadita natura dell'assegno [18], è evidente la netta presa distanza dal prevalente orientamento che riconduce invece il fondamento dell'assegno «in quella solidarietà che alla stregua della coscienza sociale *permane* tra gli ex coniugi, e che si qualifica come solidarietà post–coniugale» [19], come tale, quindi, idonea ad assurgere a ragione giustificativa dell'obbligo di corrispondere l'assegno.

Un ruolo tutt'altro che secondario riveste, poi, nel percorso argomentativo della decisione, la considerazione della nuova fisionomia che il matrimonio ha assunto negli ultimi decenni e che si presta ad essere riguardato sempre più come atto fondato sulla volontà e responsabilità dei coniugi, anche in virtù dei maggiori spazi di libertà di cui essi godono per ottenerne la cessazione. In questo senso sono assai significative le recenti riforme che hanno non solo ridotto i tempi per ottenere il divorzio ma ne hanno semplificato notevolmente le forme, rendendolo possibile con una semplice dichiarazione delle parti all'ufficiale dello stato civile [20].

---

[17] Sicché, aggiunge la sentenza, il discrimine tra solidarietà economica ed illegittima locupletazione sta proprio nel giudizio dell'assenza, o no delle condizioni del diritto all'assegno, nella fase dell'*an debeatur* (p.6).

[18] Anche il consolidato orientamento che si fonda sul dogma del tenore di vita matrimoniale riconosce la natura esclusivamente assistenziale dell'assegno, nel senso preciso «che l'assegno deve sopperire allo stato di bisogno dell'ex coniuge inteso quale inidoneità a mantenere il livello di vita matrimoniale»: così, con particolare chiarezza, C.M. BIANCA, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della cassazione,* in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 537.

[19] Quella riportata nel testo è la concezione dell'autorevole dottrina cui si deve la compiuta elaborazione della nozione di solidarietà post-coniugale: cfr. C.M. BIANCA, *Sub art. 5, l. n. 989/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da CIAN, OPPO, TRABUCCHI, Padova 1993, Vol. VI, t. 1, 339 (corsivo nostro). Nello stesso senso cfr. BRUSCUGLIA, GIUSTI, *Sub. art. 5 legge 898/70,* in *Commentario alla riforma del divorzio,* cit., 77 ss; CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento,* Milano 1996, 324; per la giurisprudenza, v. Cass 11.06.1981, 1, 1553, con nota di TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati:* Cass. 12.02.2013, n. 3398, in *Foro it.* 2013, I, 1464 (con nota di CASABURI), secondo cui «la valutazione della debenza dell'assegno divorzile deve essere incentrata su un criterio assistenziale che non soffre limitazioni temporali, in quanto l'obbligo di solidarietà post-coniugale non viene meno per il mero decorso del tempo ovvero sulla base della considerazione dell'intervallo temporale (nella specie vent'anni) intercorso tra la separazione e la domanda di divorzio. Critiche ad siffatto concetto di solidarietà post-coniugale sono state espresse in dottrina: cfr QUADRI, *La Cassazione "rimedita il problema dell'assegno di divorzio*, cit., 1168; BUZZELLI, *La famiglia 'composita',* Napoli, 2012, p. 43 ss.

[20] Si allude alla legge 6 maggio 2015, n. 55 che ha ridotto da tre anni a sei mesi il tempo per ottenere il divorzio in

Questo mutamento di prospettiva rileva certamente nella valutazione del parametro di riferimento da adottare nella determinazione dell'assegno di divorzio, ma ha anche, come vedremo, implicazioni di ordine più generale.

Si presta, invece, a qualche rilievo il richiamo, effettuato dalla sentenza, quale dato di coerenza con la recepita nuova concezione del matrimonio, alle pronunce di Cass. n. 6855/2015 e 2466/2016 che, modificando il precedente orientamento, ricollegano all'instaurazione di una nuova unione di fatto del coniuge beneficiario dell'assegno l'effetto di escludere ogni residua solidarietà post–matrimoniale da parte dell'altro coniuge (il quale a sua volta farebbe affidamento sull'esonero definitivo da ogni obbligo) e, dunque, l'estinzione del relativo diritto [21].

L'orientamento tracciato dalle richiamate pronunce, se pure condivisibile nella conclusione cui perviene, si colloca, a ben vedere, nel solco dell'impostazione tradizionale che, coerentemente con la richiamata nozione di solidarietà post–coniugale, ricollega il venir meno del diritto all'assegno alla circostanza che, con la nuova famiglia, l'ex coniuge debole verrebbe così a disporre di mezzi adeguati al mantenimento del tenore di vita matrimoniale [22].

Con uno sforzo di poco superiore la Cassazione si sarebbe potuta liberare, anche con riferimento alla problematica del fondamento dell'estinzione del diritto all'assegno di divorzio conseguente alla nuova unione del beneficiario, dai residui condizionamenti dell'impostazione tradizionale ancorata ad una visione inadeguata della tutela dell'ex coniuge debole. Di tale questione, del resto, era stata suggerita una diversa ricostruzione in base alla quale il nuovo matrimonio, così come l'unione di fatto, comportando l'insorgenza di una nuova comunità familiare, costituisce un evento di per sé incompatibile con la tutela accordata all'ex coniuge debole e ciò indipendentemente da ogni riferimento agli aspetti economici della nuova comunità e alle connesse situazioni di rischio, ovvero di affidamento degli ex coniugi sulle sorti della stessa [23].

Più in generale, va poi osservato come maggiore e più approfondita considerazione, rispetto alle poche righe contenute nella sentenza, avrebbe meritato la prospettiva della formazione di una nuova famiglia da parte dell'ex coniuge obbligato alla corresponsione dell'assegno.

È proprio infatti con riferimento al fenomeno della pluralità di famiglie costituite nel tempo da uno stesso soggetto che si delinea in tutta la sua evidenza l'inidoneità del criterio della conservazione del tenore di vita matrimoniale a dare giustificazione del profilo funzionale dell'assegno di divorzio.

---

caso di separazione consensuale e da tre anni a un anno in caso di separazione giudiziale, nonché alla legge 10 novembre 2014, n. 162, che rende possibili la separazione e il divorzio mediante negoziazione assistita da difensori (art. 6) e mediante accordo raggiunto direttamente innanzi all'Ufficiale di Stato Civile (art. 12).

[21] Le sentenze si possono leggere, rispettivamente, in *Fam.dir.* 2015, 553 con nota di FERRANDO, *"Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 681, con nota di AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*; la prima, e in *Diritto & giustizia,* 2016, la seconda.

[22] Secondo la teorizzazione più sopra richiamata, infatti, il delineato fondamento dell'assegno di divorzio nella solidarietà che permane tra i coniugi anche dopo lo scioglimento del matrimonio troverebbe conferma e spiegherebbe perché il dovere di corrisponderlo viene meno allorquando il beneficiario, contraendo nuove nozze, assumerebbe un nuovo reciproco impegno di solidarietà coniugale: C.M. BIANCA, *Sub art. 5, l. n. 898/1970, cit.*, p. 337.

[23] BUZZELLI, *La famiglia composita,* cit., p. 48 ss.

La formazione di una nuova famiglia da parte dell'ex coniuge obbligato, pone in rilievo in primo luogo la posizione del nuovo coniuge, il quale verrebbe ad essere ingiustamente privato di una parte rilevante delle risorse del coniuge obbligato (tutte quelle eccedenti il necessario per i bisogni dell'*ex* coniuge) che dovrebbero essere destinate invece alla contribuzione nella nuova unione. Il nuovo coniuge potrebbe, inoltre, risultare ancor più pregiudicato ove la nuova unione si concludesse con un divorzio ed egli venisse a trovarsi nella condizione di bisogno: in tal caso, tutte le risorse del coniuge obbligato dovrebbero essere destinate a beneficio esclusivo del primo *ex* coniuge debole, il che è evidentemente irragionevole e inaccettabile.

Anche con riferimento alla posizione dei figli, verrebbe a realizzarsi una ingiustificata distrazione delle risorse del genitore per assicurare il mantenimento del tenore di vita all'*ex* coniuge, e ciò si badi non solo relativamente ai redditi attuali del genitore, ma anche rispetto a quelli futuri, per ciò che riguarda, ad esempio, il trattamento di fine rapporto da destinarsi, come è noto, all'*ex* coniuge titolare dell'assegno di divorzio per la consistente quota del 40% dell'indennità totale riferibile agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio (cfr. art. 12 *bis,* l. div.).

I delineati profili di irrazionalità assumono poi contorni ancora più marcati se riferiti ai casi di rapporti patrimoniali di breve o brevissima durata, con riferimento ai quali pure la giurisprudenza ritiene possibile l'attribuzione dell'assegno di divorzio [24].

È evidente, invece, che, anche la nuova famiglia dell'*ex* coniuge, al pari delle altre, pone un'esigenza di tutela che non può essere ignorata e che va invece adeguatamente assicurata, non potendosi operare alcuna differenziazione all'interno delle stesse famiglie, circondandole di ogni tutela ove formate da coniugi entrambi alla prima esperienza di vita matrimoniale e, di contro, discriminandole, almeno sotto il profilo patrimoniale, laddove invece uno dei coniugi che la compongono abbia vissuto un'esperienza di divorzio.

L'impostazione che mira a garantire all'*ex* coniuge debole, mercé l'attribuzione dell'assegno di divorzio, la conservazione del tenore di vita matrimoniale per tutto il tempo successivo al divorzio, finisce invece per denegare in radice tale tutela [25].

4. – Superato il riferimento al tenore di vita matrimoniale, la Corte individua il nuovo parametro, cui rapportare il giudizio sull'"inadeguatezza" dei mezzi dell'ex coniuge richiedente l'assegno e sull'"impossibilità" di procurarseli, nell'indipendenza o autosufficienza economica: cosicché se l'ex coniuge è "economicamente indipendente" o è effettivamente in grado di esserlo, non ha diritto all'assegno.

---

[24] Cfr. Cass. 22 marzo 2013 n. 7295, in *Foro it*., 2013, 5, 1, 1464.

[25] Esclude che i diritti della nuova famiglia possano «essere compressi per garantire il perseguimento del tenore di vita coniugale ai componenti del primo nucleo familiare», AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale*, cit., 700, a giudizio del quale, tuttavia, «nell'attuale contesto normativo l'esigenza di garantire all'ex coniuge la conservazione di un tenore di vita tendenzialmente analogo a quello goduto in costanza di matrimonio (…) continua a rivestire un'importanza fondamentale».

Si tratta dello stesso parametro che l'art. 337-*septies*, 1 co., c.c., espressamente richiama a fondamento del diritto del figlio maggiorenne ad essere ancora mantenuto dai genitori, e che, in assenza di un'indicazione normativa nell'art. 5, co. 6, l. div., della nozione di «mezzi adeguati», deve ritenersi analogicamente applicabile anche in materia di assegno di divorzio «trattandosi in entrambi i casi, *mutatis mutandis*, di prestazioni economiche regolate nell'ambito del diritto di famiglia e dei relativi rapporti» [26].

Si tratta di un approdo importante e che va pienamente condiviso.

Come osserva puntualmente la Suprema Corte, la mancanza di indipendenza economica che condiziona il diritto del figlio maggiorenne al mantenimento da parte dei genitori – diritto derivante dallo *status filiationis* tendenzialmente stabile e permanente e fondato su di una specifica previsione costituzionale (art. 30, co. 1) – ben può costituire anche il parametro cui subordinare l'insorgenza del diritto all'assegno divorzile, tanto più in una situazione che, diversamente dalla prima, è caratterizzata dalla perdita definitiva dello *status* di coniuge del beneficiario e dalla mancanza di una specifica garanzia costituzionale a tutela del diritto dell'ex coniuge in quanto tale.

Per entrambe le situazioni, inoltre, vale il principio dell'autoresponsabilità, legato alla libertà delle scelte esistenziali della persona e che dunque ne dovrà sopportare le conseguenze in applicazione di un'esigenza che, prima ancora che giuridica, è etica. Questo principio, che rende non tutelabile la situazione del figlio maggiorenne il quale rifiuta ingiustificatamente in età avanzata di acquisire l'autonomia economica tramite l'impegno lavorativo e gli studi [27], vale anche in materia di matrimonio e divorzio, frutto di scelte che afferiscono alla dimensione della libertà della persona, e che comporta quindi l'accettazione, da parte di ciascuno dei protagonisti, delle relative conseguenze anche economiche.

---

[26] Il parametro dell'indipendenza economica, come sottolinea la sentenza, è normativamente equivalente all'"autosufficienza economica", menzionato dall'art. 12, co. 2, d.l. n. 132 del 2014, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co.1, della l. 10 novembre 2014, n. 162 che, nell'escludere la possibilità di formalizzazione della separazione consensuale o del divorzio congiunto dinanzi all'Ufficiale dello stato civile, fa riferimento per l'appunto alla «presenza (…) di figli maggiorenni […] economicamente non autosufficienti».

[27] Cfr. da ultimo, Cass. 22.6.2016, n. 12952, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 236, con nota di PARINI, *I mobili "confini" del diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti*.

Per approfondimenti sul diritto al mantenimento dei figli maggiorenni, si v., nella vasta letteratura, prima della riforma dell'affidamento condiviso dei figli e dell'introduzione dell'art. 155-*quinquies* c.c., SESTA, *La filiazione,* in *Tratt. Bessone*, *Il diritto di famiglia*, III, Torino, 1999, 209 ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi,* I, *Disciplina sostanziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, p. 25; QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. civ.,* VI, ed. IV, Torino, 1990, 554, ID., *Crisi familiare e mantenimento del figlio maggiorenne,* in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1995, 117; NATUCCI, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*, in *L'autonomia dei minori fra famiglia e società,* a cura di De Cristofaro e Belvedere, Milano, 1980, 381, ss.; FERRANDO, *Principi costituzionali e diritto al mantenimento del figlio maggiorenne,* in *Dir. famiglia*, 1977, I, 262 ss.; PATTI, *Diritto di mantenimento e prestazioni di lavoro,* in *Dir. fam. e pers.*, 1977, 1343 ss.; BESSONE, *Diritto al mantenimento del figlio maggiorenne e direttive dell'art. 30 comma 1, Costituzione,* in *Giur. it*., 1975, I, 2 621 ss.

Per la dottrina più recente, v. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali,* in *Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano 2006, 101 ss.; CORDIANO, *Contenuto e attualità del dovere di mantenimento dei figli*, in *Familia, 2008, 103 ss.;* FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso,* Milano, 2008; GIACOBBE, *Il diritto al mantenimento dei figli minorenni e maggiorenni*, in *Tratt. dir. fam.*, I, t. 2, *Famiglia e matrimonio*, ed. II, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, diretto da P. Zatti, 2011, 1713 ss.

Ed in effetti il principio di autoresponsabilità, che ispira la disciplina dei *Principi di diritto europeo della famiglia*[28], risulta da tempo valorizzato in altri ordinamenti europei ove si prevede, come regola generale, la piena autoresponsabilità economica degli ex coniugi, ad eccezione di limitati casi di ausilio economico temporaneo, giustificato da specifiche e dimostrate difficoltà oggettive[29].

L'applicazione del parametro previsto per il mantenimento del figlio maggiorenne fa si che, come per quest'ultimo l'indipendenza o l'autonomia economica non richiede il conseguimento della medesima posizione goduta presso i genitori[30], bensì un tenore di vita dignitoso, tale cioè da affrancare la persona dal bisogno[31], così per l'ex coniuge occorrerà avere riguardo ad analoga condizione. Sotto questo profilo, come s'è accennato, la soluzione indicata ora dalla Cassazione non è, nella sostanza, diversa da quella prospettata, già all'indomani della riforma del 1987, con la ricordata sentenza n. 1652 del 1990.

Dall'applicazione del parametro previsto per il mantenimento del figlio maggiorenne non sembra, poi, possa inferirsi una diversa qualificazione giuridica del diritto in questione.

È vero, infatti, che l'art. 337 *septies*, nel prevedere la possibilità del pagamento di un assegno periodico in favore del figlio maggiorenne, non fa riferimento né al concetto di mantenimento, né a quello degli alimenti[32], legittimando quindi il dubbio se debba configurarsi una fattispecie di mantenimento ovvero una nuova figura, ma la natura del diritto e i presupposti di attribuzione e quantificazione inducono a confermare la ravvisabilità di una fattispecie di mantenimento, non del tutto sovrapponibile quindi al diritto alimentare strettamente inteso che, come è noto, costituisce un *minus* rispetto al mantenimento[33].

Con un apprezzabile e lodevole intento chiarificatore la Cassazione individua specificamente i "principali indici" da quali desumere la sussistenza o meno dell'"indipendenza economica" e, quindi, l'"adeguatezza", o meno, dei mezzi, dell'ex coniuge richiedente l'assegno, nonché la possibilità o meno, per ragioni oggettive, dello stesso di procurarseli, fatta naturalmente salva la rilevanza di altri elementi che potranno venire in rilievo nelle singole fattispecie considerate.

---

[28] In base ad essi ciascun coniuge dopo il divorzio deve provvedere automaticamente ai propri bisogni (*Principio 2:2 Autosufficienza)*; mentre l'attribuzione del mantenimento dopo il divorzio presuppone che il coniuge richiedente non abbia mezzi adeguati per far fronte ai propri bisogni e che il coniuge obbligato abbia la capacità di soddisfare tali bisogni (*Principio 2:3 Condizioni per il mantenimento).*

[29] Si v., ad es., la riforma del mantenimento operata nell'ordinamento tedesco ed entrata in vigore il 1 gennaio 2008, su cui cfr., CUBEDDU, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania,* in *Familia,* 2008, 22; AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità,* in *Fam. e dir.,* 2015, 538. Sull'autoresponsabilità, come limite al diritto al mantenimento del coniuge divorziato, v. FERRANDO, *Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela*, in *Dir. fam*., 1998, 728; S. PATTI, *Obbligo di mantenere e obbligo di lavorare,* in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa,* Milano, 2008, 309.

[30] Cass. 4.3.1988, n. 2395, in *Giur.it.*, 1999, 252.

[31] Cass. 11.1.2007, n. 407, in *Foro it.*, 2007, I, 770.

[32] Cfr., per tale rilievo, S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. e success.*, 2006, p. 303.

[33] Cass. 19.6.1996, n. 5677, in *Giust. civ. Mass.,* 1996, 890;

Gli indici ai quali la Cassazione fa espresso riferimento sono: 1) il possesso di redditi di qualsiasi specie; 2) il possesso di cespiti patrimoniali, mobiliari ed immobiliari; 3) le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo; e 4) la stabile disponibilità di una casa di abitazione.

L'ordine seguito nell'elencazione sembra rispondere ad un criterio di importanza ed incidenza sulla condizione di indipendenza economica dell'ex coniuge.

Così, il primo di essi, costituito dal possesso di redditi di qualsiasi specie, è certamente quello più rilevante, risultando evidente come la disponibilità di redditi, qualunque sia la natura e la provenienza di essi, incide direttamente sulla condizione economica di indipendenza o meno del soggetto che ne è titolare. L'ampia nozione utilizzata ("redditi di qualsiasi specie") induce a domandarsi se possono assumere a tal fine rilevanza i contributi provenienti dalla famiglia dell'ex coniuge. La risposta sembra poter essere positiva, nonostante il contrario orientamento della giurisprudenza [34], in tutti quei casi nei quali si tratti di contributi che presentano carattere di continuità e regolarità, come tali quindi non ricollegabili a situazioni di contingente generosità.

Quanto al criterio del possesso di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, viene specificato che nella loro valutazione si deve tener conto di tutti gli oneri *lato sensu* "imposti" e del costo della vita nel luogo di residenza della persona che richiede l'assegno. La precisazione è finalizzata a valorizzare i predetti cespiti per quanto essi, ancorché non direttamente produttivi, concorrono a determinare la condizione economica del soggetto, al netto di tutti gli oneri che su di essi gravano, mentre il riferimento al costo della vita nel luogo di dimora abituale del richiedente l'assegno costituisce un generale parametro di riferimento per valutare l'idoneità dei predetti cespiti a determinare l'indipendenza economica del possessore degli stessi. Apprezzabile e opportuna si appalesa anche la scelta di far riferimento specifico ai cespiti "mobiliari", categoria che ricomprende non solo tutti i beni mobili tradizionalmente produttivi di reddito (e quindi somme di denaro, titoli, depositi e qualsiasi altra forma di investimento e di risparmio), ma anche quote sociali e beni mobili registrati come autovetture, imbarcazioni e/o aeromobili; cespiti, questi, che, al pari di quelli immobiliari, ove non immediatamente produttivi sono suscettibili di essere diversamente impiegati o convertiti attraverso una gestione normalmente diligente.

Il criterio delle capacità e possibilità effettive di lavoro personale, avuto riguardo alle condizioni personali dell'ex coniuge (salute, età e sesso) e a quelle oggettive di svolgimento (mercato del lavoro dipendente o autonomo), va valutato in relazione alle concrete iniziative assunte dell'ex coniuge per il reperimento di un'occupazione e il raggiungimento dell'indipendenza economica e, quindi, l'adeguatezza dei mezzi. Il concetto di adeguatezza dei mezzi del coniuge è infatti integrato dall'obbligo imposto al coniuge stesso di procurarsi tali mezzi e cessa soltanto in presenza di «ragioni oggettive». Il criterio che dà rilevanza alla capacità di lavoro sarà idoneo a dimostrare l'autosufficienza economica dell'ex coniuge quando il mancato svolgimento di un'attività lavorativa dipende da un atteggiamento colposo o inerte dello stesso. Al riguardo po-

[34] Cfr., ad es., Cass. 4.4.2011, n. 7601, in *Il civilista*, 2014, 6, 14.

tranno essere utilizzati i principi giurisprudenziali elaborati con riferimento al mantenimento del figlio maggiorenne.

Infine, il criterio relativo alla disponibilità di una casa di abitazione ricomprende non solo il caso in cui l'ex coniuge sia proprietario di un'abitazione, ma anche l'ipotesi in cui egli ne abbia la "stabile disponibilità", pur senza esserne proprietario ovvero titolare di altro diritto reale di godimento. Sotto questo riguardo viene in rilievo l'ipotesi in cui l'ex coniuge risulti assegnatario del diritto di godimento della "casa familiare" in quanto genitore affidatario o collocatario prevalente dei figli. Si tratta, anche in questo caso, di un riferimento senz'altro opportuno, atteso che la casa familiare costituisce un'entità patrimonialmente valutabile per il coniuge che ne beneficia, e di cui è già previsto che il giudice deve tener conto nella regolazione dei rapporti economici tra gli ex coniugi (art. 337-*sexies* c.c.).

5. – La svolta segnata con la decisione in esame induce a confidare che il precedente capitolo giurisprudenziale sia chiuso [35].

Diversi, tuttavia, sono i profili della pronuncia che meritano ulteriori riflessioni.

Un primo è sicuramente quello relativo alla individuazione dell'operatività (e dei relativi spazi) degli altri elementi indicati dall'art. 5, co. 6, l. div., vale a dire condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico alla vita matrimoniale, reddito di entrambi, durata del matrimonio; aspetto, questo, che nella sentenza, al di là di affermazioni di principio, sembra rimanere piuttosto in ombra.

Al riguardo, conformemente alla linea seguita ora anche dalla Cassazione, la premessa da cui muovere è che il giudizio sull'*an* del diritto all'assegno si fonda esclusivamente sull'accertamento della mancanza, da parte del coniuge richiedente, di mezzi adeguati per essere ritenuto economicamente indipendente, ovvero effettivamente in grado di esserlo. Ne consegue che nessuna rilevanza, neppure residuale, possono avere su tale giudizio di «adeguatezza» i predetti ricordati elementi, ivi compreso i redditi e dunque le condizioni economiche dell'altro coniuge [36].

Se è così, va allora rivista la linea tracciata dalla consolidata giurisprudenza di legittimità che ritiene invece che i criteri indicati dall'art. 5, co. 6, l. div., per la determinazione del *quantum* dell'assegno, possono condurre sino al suo azzeramento, finendo quindi per svolgere una concorrente funzione attributiva del relativo diritto [37].

---

[35] Al nuovo orientamento della Cassazione si sono già allineate una serie di pronunce di merito: Trib. Milano 22.5.2017, in *Dir. Gius.*, 26.5.2017; Trib. Mantova 16.5.2017, in *Ilfamiliarista.it*, 21.6.2017; Trib. Venezia 24.5.2017, in *DeJure*, Trib. Bologna 12.6.2017, in *DeJure*.

[36] Sul punto la sentenza è chiara «soltanto nella fase del *quantum debeatur* è legittimo procedere ad un giudizio comparativo tra le rispettive posizioni (lato *sensu* intese) personali ed economiche-patrimoniali degli ex coniugi» (p. 15 ss.); ed ancora «Nel giudizio sull'*an debeatur* (…) non possono rientrare valutazioni di tipo comparativo tra le condizioni economiche degli ex coniugi, dovendosi avere riguardo esclusivamente alle condizioni del soggetto richiedente l'assegno successivamente al divorzio» (p. 11).

[37] Malgrado, infatti, la netta separazione tra la fase dell'*an* dell'assegno e quella avente ad oggetto il suo *quantum*

Tali criteri vanno invece ricondotti ad un ruolo coerente e funzionale alla loro valenza commisurativa dell'assegno. Ciò significa che il giudice deve assumere come base primaria l'integrazione necessaria per consentire all'ex coniuge il raggiungimento dell'autosufficienza economica, e deve poi procedere alla concreta commisurazione dell'assegno in considerazione degli altri criteri più sopra richiamati. Tale operazione, e in particolare lo spazio da assegnare ad ognuno di tali criteri, mal si presta, anche per l'eterogeneità di detti criteri e la conseguente esigenza di valutazioni diverse da quelle di stampo strettamente economico–assistenziale, ad un'astratta e rigida predeterminazione [38].

Quali criteri incidenti unicamente sulla determinazione quantitativa dell'assegno, la loro considerazione "ponderata e bilaterale" è rimessa quindi al giudice, al quale è affidato l'essenziale compito di adeguare l'assegno ai diversi assetti di vita familiare che vengono in rilievo nei singoli casi concreti [39].

Ciò vale anche per il criterio del «contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune», rispetto al quale si è evidenziato da più parti la scarsa idoneità a realizzare un'effettiva compensazione del coniuge che a lungo si è speso per la cura della famiglia [40], e più in generale a realizzare un'equilibrata ripartizione delle risorse della famiglia dopo la rottura del matrimonio.

Vero è che il nostro ordinamento, a differenza di altri (come ad esempio i sistemi di *common law*), non prevede un meccanismo di ridistribuzione della ricchezza al momento dello scioglimento del matrimonio e che le esigenze compensative per i sacrifici compiuti durante il matrimonio restano affidate al solo regime patrimoniale legale della comunione dei beni, regime, come è noto, derogabile a favore di quello della separazione [41].

---

risulti chiaramente affermata anche dalla richiamata decisione delle Sezioni Unite (n. 11490/90) e dalla giurisprudenza che ad essa si è conformata, si ammette tuttavia che «quel livello che è stato prefigurato in sede di *an* può essere ridimensionato o addirittura azzerato, quando la conservazione del tenore di vita assicurato dal matrimonio appare in contrasto con gli elementi di valutazione indicati dalla legge, in sede di determinazione concreta dell'ammontare dell'assegno». Nel che è stata rilevata un'evidente contraddizione, anche sul piano logico, tra la funzione commisurativa che la giurisprudenza afferma essere propria di tali criteri e la funzione potenzialmente impeditiva che viene loro nel contempo riconosciuta (v., ad es., QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle Sezioni Unite,* cit., 72).

[38] A ciò può aggiungersi che, come è stato rilevato, i criteri in esame, nella realtà, per il preminente rilievo attribuito all'inadeguatezza dei mezzi e alle condizioni dei coniugi, vengono raramente applicati (C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 128).

[39] Secondo la giurisprudenza di legittimità, il giudice di merito non è tuttavia tenuto necessariamente a dare conto nella propria decisione, di aver considerato tali criteri e non deve neppure prenderli analiticamente e specificamente in considerazione, potendo invece attribuire rilievo solo al criterio delle condizioni economiche delle parti (Cass., 11.4.2011, n. 8227, in *Fam. dir.*, 2011, 734; Cass. 13.1.2014, n. 488, in *Dir. e giust.*, 14 gennaio 2014).

[40] Cfr. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale,* cit., 585 ss.. V. sul punto anche QUADRI, *Definizione degli assetti economici post-coniugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam*., 2005, 1302 ss.

[41] Il legislatore italiano ha infatti optato per la netta distinzione tra la ridistribuzione della ricchezza operata durante la vita matrimoniale, attraverso il regime legale di comunione dei beni, che è ispirata a logiche compensative, e la ridistribuzione operata al momento della cessazione della convivenza realizzata esclusivamente attraverso la corresponsione di assegni periodici, ispirata invece ad una logica prevalentemente assistenziale. Su questi temi, si v. SESTA, *Diritto di famiglia,* 2 ed., Padova, 2005, 243 ss.; PATTI, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi. Modelli europei a confronto,* in *Trattato* diretto da Ferrando, II, Bologna, 2008, 229 ss.; AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge più debole,* Milano, 2007, 99 ss.; RIMINI, *Sub art. 5, L. 1 dicembre 1970, n. 898,* cit., 734 ss.

Ma vero è anche che l'assegno di divorzio non è concepito come un mezzo di ridistribuzione o riequilibrio delle ricchezze dei coniugi, ma come uno strumento di tutela dell'ex coniuge debole che si trovi in condizioni di non poter provvedere al proprio mantenimento e che risulta dunque caratterizzato da una logica esclusivamente assistenziale.

L'idea di attribuire al criterio c.d. compensativo del "contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune" una valenza anche in fase di attribuzione dell'assegno [42], può essere quindi presa in considerazione solo *de iure condendo* [43], sulla scia, ad es., della prestazione compensativa prevista dal *Code civil* francese (art. 270).

Discorso a parte deve farsi per quanto riguarda la durata dell'assegno.

Se la funzione dell'assegno è quella di consentire all'ex coniuge debole di far fronte alla mancanza di mezzi adeguati per la propria indipendenza economica, non è detto tuttavia che tale situazione di indisponibilità sia permanente e soprattutto che essa debba essere sempre considerata tale, provvedendosi così a disporre una attribuzione a tempo indeterminato che rischia di trasformarsi in una rendita parassitaria.

Ci sembra, allora, condivisibile la proposta, di recente formulata, di prevedere una limitazione temporale dell'attribuzione. Dovrebbe essere, cioè, il giudice più che la legge a determinare la durata massima del diritto e ciò «sulla base di criteri quali la durata del matrimonio, l'età degli ex coniugi, l'età dei figli e la conseguente maggiore o minore intensità del sacrificio del coniuge debole nell'accudimento di questi, nonché evidentemente le prospettive di reinserimento dell'avente diritto nel mondo del lavoro» [44]. Ciò si rivela coerente con il principio di autoresponsabilità e consente di meglio adeguare la decisione alla particolarità del caso concreto.

Sotto altro riguardo e su di un piano più generale, la rilettura operata dalla Cassazione sembra avere una rilevanza che va ben oltre l'individuazione di un nuovo parametro di riferimento cui commisurare l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge debole.

La sentenza in commento nel momento in cui chiarisce che è la condizione di non indipendenza economica il solo ed unico presupposto di operatività della solidarietà economica tra gli ex coniugi introduce un nuovo punto di equilibrio nel contemperamento delle contrapposte esigenze che vengono in rilievo nella disciplina degli effetti patrimoniali del divorzio.

Solidarietà e autoresponsabilità si ridefiniscono alla luce delle nuove coordinate concettuali che delimitano il vincolo coniugale e dei rinnovati rapporti tra matrimonio e famiglia.

---

[42] Avanzata da RIMINI, *Sub art. 5 l. 1 dicembre 1970, n. 898,* cit., 751 ss.

[43] Come ritiene RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., 198, n. 482.

[44] Così RENDA, *Il matrimonio civile,* cit., 198 ss. Nel senso che il venir meno dell'assegno di divorzio dopo un certo periodo possa essere già previsto nella stessa sentenza v. RIMINI, *Sub art. 5, l. 1.12.1970, n. 898,* cit., 753 ss., secondo il quale poiché la legge non stabilisce che l'assegno debba essere a tempo indeterminato nulla impedisce al giudice di prevedere un termine. Anche secondo del PRATO, *Famiglia e comunità di vita: prospettive di riflessione,* in ID, *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, 58, «l'idea di limitare ex ante nel tempo» il diritto all'assegno divorzile costituisce un dato da prendere in considerazione *de iure condendo*, ovvero anche attraverso una giurisprudenza creativa.

Sotto il primo profilo, la distanza dal modello tradizionale di matrimonio non passa soltanto attraverso la sua accentuata connotazione di atto di libertà e autoresponsabilità ma si misura anche dalla perdita di centralità che aveva un tempo. Per effetto della disciplina delle unioni civili e delle convivenze (legge n. 76/2016), il matrimonio non costituisce più il fondamento esclusivo della famiglia: ad essa si affiancano altri tipi di famiglie che trovano riconoscimento e tutela costituzionale, in quanto formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. [45]

Rispetto alla famiglia, il venir meno dell'unitarietà dell'istituto si registra anche con riferimento a quelle unioni o convivenze cui approdano i soggetti di precedenti esperienze esaurite o interrotte [46].

La prospettiva della considerazione di queste nuove forme di vita comune pone in risalto, come si è visto, che il problema del bilanciamento degli interessi in gioco non investe semplicemente le posizioni degli ex coniugi – quello debole ad essere tutelato e quello, altrettanto meritevole di tutela, dell'obbligato alla corresponsione dell'assegno di divorzio a non essere eccessivamente gravato – ma coinvolge quelle di terzi soggetti, i quali risultano portatori di esigenze di tutela equivalenti se non prevalenti rispetto a quelle dell'ex coniuge debole.

Rispetto a queste nuove esigenze il superamento del fondamento dell'assegno, come funzionale alla conservazione del tenore di vita matrimoniale, costituisce un passo che va senz'altro nella giusta direzione.

---

[45] Per un'efficace rappresentazione delle linee evolutive delle recenti riforme, v. G. FERRANDO, *Il matrimonio,* in *Matrimonio*, a cura di Ferrando, in *Comm. Scialoja, Branca Galgano*, curato da De Nova, Bologna, 2017, p. 1 ss. Sul processo che ha condotto ad una maggiore considerazione dei diritti delle persone nel matrimonio e al riconoscimento di altre forme di famiglia, v. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia,* Ferrando Fortino e Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio,* in Tratt. Zatti, Milano, 2011, p. 51 ss.

[46] P. RESCIGNO, *Presentazione*, di BUZZELLI, *La famiglia composita*, cit.. XX.

JUS CIVILE

GIANLUCA NAVONE

Professore aggregato di diritto privato – Università degli Studi di Siena

POTERI ASSISTENZIALI DEL CONVIVENTE DI FATTO IN CASO DI MALATTIA O RICOVERO DEL PARTNER

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. A quali "conviventi di fatto" si applica la nuova disciplina? – 3. Il diritto di visitare e assistere il convivente malato. – 4. La designazione del rappresentante in materia sanitaria. – 5.* Segue. *Differenze rispetto alla designazione preventiva dell'amministratore di sostegno. – 6.* Segue. *Le forme dell'atto di designazione del rappresentante. – 7. Effetti abrogativi dell'eventuale approvazione del disegno di legge «in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento».*

1. – La "convivenza di fatto"[1], ormai da tempo, non è un fatto nudo, privo dell'abito del diritto.

La comunità cui danno vita «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale»[2] – *per incidens*, nonostante la pavidità del linguaggio legislativo che a riguardo non impiega né il sostantivo "famiglia"[3], né la locuzione "formazione sociale"[4] – non è un luogo vuoto di regole giuridiche. Com'è ben noto, infat-

[1] Con buone ragioni, sull'impiego nei testi di legge del sintagma "convivenza di fatto" sono state adombrate perplessità. In particolare, due voci autorevoli della nostra dottrina hanno recentemente affermato che «lascia perplessi la scelta di utilizzare la definizione di "conviventi di fatto" rispetto a soggetti che sono parti di un rapporto formalizzato e legalmente disciplinato» (P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 847); e, sempre nella stessa direzione, che «non è opportuno usare la locuzione corrente che qualifica queste unioni come "di fatto", in tal modo ricorrendo una volta ancora ad una formula che vuole respingere la relazione d'amore in un ambito irrilevante per il diritto» (S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, p. 77 s.).

[2] Art. 1, comma 36, della legge n. 76 del 2016.

[3] L'impiego del termine "famiglia" è stato scientemente evitato anche con riferimento alle unioni civili. A queste ultime, tuttavia (e quantomeno), l'art. 1, comma 1, della l. n. 76/2016 riserva la qualifica di «specific[he] formazion[i] social[i] ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione». Sul punto, cfr.: L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e ''modello'' matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779 ss., spec. 1781 s.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792 ss., spec. 1794 e 1797; T. AULETTA, *I rapporti personali tra uniti civilmente*, in *www.juscivile.it*, 2017, p. 274 ss., spec. 275, 286 e 311.

[4] Eppure – com'è stato opportunamente rilevato – alla «stregua di un orientamento ormai consolidato, accolto a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso anche dalla Corte costituzionale, la famiglia di fatto rientra a pieno titolo nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., nella misura in cui essa condensa un rapporto integralmente e complessivamente diretto a consentire lo sviluppo della personalità di ciascuno dei partner» (L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 920). D'altro canto, qui val bene considerare che la questione in parola appare già ampiamente assodata nelle pagine risalenti di giuristi importanti. Traendoli da quelle pagine, qui si riportano i seguenti passaggi: «appare incontestabile che le norme costituzionali non autorizzano ad escludere la famiglia di fatto dal numero delle formazioni sociali

ti, il fenomeno sociale della "convivenza di fatto" è stata oggetto di un processo di progressiva (ancorché disordinata) giuridicizzazione. Processo che segna oggi il suo culmine con il varo della legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e [la] disciplina delle convivenze» [5].

La legge è figlia di un maxiemendamento, presentato dal Governo e interamente sostitutivo del ddl "Cirinnà" [6].

Questa genesi ne ha condizionato la struttura: l'intero provvedimento legislativo consta di un articolo, elefantiaco, suddiviso in sessantanove commi; dei quali, più in dettaglio, i primi trentacinque riguardano le unioni civili, i successivi trenta le convivenze di fatto e gli ultimi quattro i mezzi di copertura finanziaria della legge.

Stilemi profondamente diversi caratterizzano la regolamentazione delle unioni e quella delle convivenze. Ampia e particolareggiata appare l'una; minimalista e, forse meno meditata, l'altra [7].

Sia come sia, quest'ultima è rimasta finora in ombra, mentre sulle unioni civili, e segnatamente su alcuni aspetti fortemente divisivi (*in primis* quello relativo alla possibilità di adottare il

---

espressamente tutelate dall'art. 2, tutte le volte che l'"unione libera" dei genitori assicuri l'adempimento delle funzioni di mantenimento, istruzione ed educazione della prole […]. E anche quando la convivenza *more uxorio* si esaurisca in un rapporto di coppia vissuto in assenza di prole, soltanto un autentico pregiudizio ideologico può muovere ad escludere che l'ambiente familiare così costituito conquisti valori di ordine spirituale e garanzie di stabilità tali da rappresentare una "formazione sociale"» (M. BESSONE, *Commento agli artt. 29-31 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 35 s.); «nei confronti della famiglia naturale, scatta la protezione prevista dall'art. 2 C., in quanto è assolutamente indubitabile che la famiglia di fatto debba essere considerata come una formazione sociale dove si svolge la personalità dell'uomo» (P. BARILE, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale 'La famiglia di fatto'. Pontremoli, 27-30 maggio 1976*, Montereggio, 1977, p. 45); «la famiglia di fatto opera – ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. – come luogo di svolgimento della personalità dell'individuo, nel quadro del valore preminente riconosciuto alla dignità e alla autonomia della persona» (N. LIPARI, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale 'La famiglia di fatto'. Pontremoli, 27–30 maggio 1976*, cit., p. 65); «L'art. 2 […] offre garanzie a tutte le formazioni sociali in concreto idonee a sviluppare la personalità individuale. Sotto questo profilo ne risulta tutelata la famiglia di fatto in quanto essa svolge tanto nel rapporto di coppia, quanto in quello genitori-figli una funzione di socializzazione della persona» (G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 937); «La rivalutazione costituzionale della famiglia di fatto opera dunque, per quanto concerne gli essenziali dati di qualificazione normativa, nel quadro della interpretazione dell'art. 2 come clausola 'aperta' sia in ordine ai diritti fondamentali dell'individuo, sia in ordine ai gruppi» (M. SANTILLI, *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 779); «La famiglia non fondata sul matrimonio ha giuridica rilevanza sia a livello di legislazione ordinaria, codice […] e leggi speciali […], sia a livello costituzionale quale formazione sociale idonea allo sviluppo della persona umana» (P. PERLINGIERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, 1982, Napoli, p. 21).

[5] In *Gazz. Uff.*, 21 maggio 2016, n. 118.

[6] Disegno di legge S. n. 2081 – XVII Legislatura. Sull'*iter* procedurale che ha condotto all'approvazione della legge si vedano le notazioni critiche di S. ROSSI, *La "legge Cirinnà" tra* love rights *e politica del diritto*, in *Studium iuris*, 2016, p. 979 ss., spec. 983 s. g

[7] Al riguardo, cfr. G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1718 ss., spec. 1721; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 859 ss., spec. 861 s.; M. DOGLIOTTI, *Unioni civili e convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 868 ss., spec. 878 s.

figlio del partner), si è concentrata l'attenzione della pubblica opinione [8].

Eppure – quando si sarà dissolta la cortina fumogena sollevata dalla polemica politica – emergerà con abbagliante chiarezza tutta l'importanza della disciplina dettata per le convivenze di fatto; nei suoi penetrali, infatti, si rinvengono disposizioni recanti regole espressive di principi normativi presupposti, [9] da cui potrebbero derivare effetti riflessi, capaci di proiettarsi ben al di là del perimetro (pur vasto) che circoscrive il fenomeno delle coppie conviventi *more uxorio*. E ciò dicasi, in specie, per alcune previsioni che attengono alla sfera personale.

In successione, quella per cui «In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza […], secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere […] previste per i coniugi e i familiari» (comma 39°); ma anche, e soprattutto, quella secondo cui «Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati […] in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute» (comma 40°).

A entrambe, in questa sede, s'intende volgere lo sguardo.

2. – Il primo gradino dell'analisi riguardante le disposizioni sopra riportate impone di definire l'ambito applicativo della nuova disciplina, giacché essa non si riferisce a tutti coloro che vivono *more uxorio* o come parti di un'unione civile; *id est*, non si dirige a tutte le coppie che intrecciano una relazione affettiva stabile aperta alla sessualità, ma soltanto a quelle corrispondenti alla definizione legale di cui al comma 36° dell'ipertrofico art. 1 della l. n. 76/2016.

Come ogni definizione, quindi, anche quella in parola serve a discriminare. Nella specie, a discernere le convivenze che rientrano nello spettro della legge da quelle che vi restano escluse. Sicché, possono appellarsi alle norme espresse dai commi da 37 a 67 i conviventi di fatto che siano: *a*) «due persone maggiorenni»; *b*) «unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale»; *c*) «non vincolate da rapporti di parentela, affinità [10] o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

---

[8] A tale proposito v. F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 665 ss., spec. 673 ss.

[9] Sulla possibilità di risalire dalla regola al principio di cui essa è espressione, v. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali*), in *Giustizia civ.*, 2016, p. 443 ss., spec. 477 s., ora anche in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017, p. 49 ss.

[10] Nell'ordito della definizione fa spicco l'assenza di qualsivoglia riferimento letterale al grado di parentela o di affinità. Nondimeno, ragioni di ordine sistematico (e di buon senso) inducono a ritenere che sono ostativi alla configurabilità di una convivenza legale–tipica soltanto quei rapporti di parentela o affinità che costituiscono impedimenti inderogabili al matrimonio e all'unione civile. Sul punto, cfr.: L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, 92 ss., spec. 98; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, 195 ss., spec. 203; M. C. VENUTI, in F. ROMEO e M. C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 971 ss., spec. 997.

Registrare il significato del requisito negativo del «non [essere] vincolate [le due persone stabilmente conviventi] da matrimonio o da un'unione civile» riveste – come meglio si comprenderà tra breve – una importanza decisiva ai fini dell'esposizione che qui vien fatta.

Al riguardo, la dottrina che ha avuto modo di interrogarsi sul significato della definizione legale è incline a ritenere che l'assenza di vincoli matrimoniali o derivanti da unione civile sia da intendersi con riferimento a terze persone, diverse dai conviventi [11]. Da questa lettura discende che non possono fare assegnamento sui diritti assicurati dalla nuova legge le coppie di conviventi se anche uno soltanto dei *partner* non ha stato libero.

A seguire il pensiero dei più, quindi, la novella disciplina non abbraccia le famiglie ricomposte (tra parentesi: tantissime) formate da conviventi legalmente o di fatto separati [12].

Tuttavia, la formulazione letterale della definizione in esame (quella per cui «Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per "conviventi di fatto" due persone […] non vincolate […] da matrimonio o da un'unione civile»), consente di accedere ad altra interpretazione, secondo la quale le previsioni «di cui ai commi da 37 a 67» non riguardano coloro che sono *reciprocamente* uniti in matrimonio o da un'unione civile, così come esse non si riferiscono alle persone che sono *reciprocamente* «vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione». Risultato di tale lettura è che rientrerebbero nell'arco di applicazione della nuova legge anche le coppie formate da conviventi privi dello stato libero.

L'opzione ermeneutica da ultimo riferita – compatibile con il tenore della disposizione di legge e, forse, più *adeguata* al principio costituzionale d'uguaglianza [13] – corrisponde al pensiero dei meno [14], tra i quali chi scrive si annovera (perplesso).

---

[11] In questo senso, L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 97 s.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 864 s.; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, 2016, in *www.personaedanno.it*; F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76,* cit., p. 682 s.; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 124 ss.

[12] Incidentalmente, vale la pena di ricordare che le persone vincolate da un'unione civile, se separate, possono esserlo soltanto di fatto; all'unione civile, infatti, non si applica l'istituto della separazione legale. La legge n. 76/2016, come è stato osservato, «non lo dice espressamente, ma lo si ricava con certezza non soltanto dalla circostanza che in nessun luogo viene richiamata la disciplina sostanziale della separazione personale prevista dal codice civile, ma anche dal fatto che nell'indicare le cause che possono portare allo scioglimento giudiziale dell'unione civile il legislatore fa rinvio a tutti i motivi di scioglimento indicati dalla legge sul divorzio ad eccezione di quanto ivi previsto dall'art. 3, n. 2, lett. b), dove si fa riferimento alla pregressa separazione coniugale» (F. TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 991 ss., spec. 993).

[13] In merito alla distinzione tra interpretazione conforme a Costituzione e applicazione diretta dei principi costituzionali, v. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali*), cit., spec. p. 464 ss.

[14] In questo senso si è espresso L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 925: «logica e coerenza vorrebbero» che l'assenza di un vincolo matrimoniale o derivante da un'unione civile «riguardasse i componenti la coppia tra di loro, e non già uno o entrambi e terze persone estranee alla coppia». In tale direzione, altresì, L. MARTINEZ, *La rilevanza del ''fatto'' convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1731 ss., spec. 1733; F. VIGLIONE, *Commento alla legge 76/2016*, in AA.VV. *Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. Cian, 12ª ed., Padova, 2016, p. 166 ss., spec. 173 s.

3. – «In caso di malattia o di ricovero» (recita il comma 39° dell'art. 1 della l. n. 76/2016), «i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza […] secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari».

Parlando di "diritto *reciproco* di visita e di assistenza", il legislatore fa un uso poco controllato delle parole. L'esistenza di un *diritto reciproco* presuppone – sempre e di necessità – l'esistenza di un *obbligo reciproco*. Nei rapporti interni tra conviventi di fatto, invece, non è configurabile un diritto di esigere la visita e/o l'assistenza da parte del *partner* sano; né v'è un corrispondente obbligo di visitare e/o assistere il *partner* malato.

In altri termini, la disposizione in esame non vale a trasformare "doveri morali o sociali" in obblighi perfetti, e cioè: tali per cui se il convivente sano manca alla "prestazione" di visitare o assistere quello malato insorge (a carico del primo verso il secondo) una qualche forma di responsabilità rilevante *sub specie iuris* [15].

A dispetto dell'impiego improprio (e quindi fuorviante) dell'avverbio "reciprocamente", le considerazioni che precedono inducono a leggere l'enunciato legislativo nel senso che entrambi i conviventi sono titolari di diritti che possono essere fatti valere *erga omnes*; ossia, nei confronti di qualunque terzo – estraneo alla coppia – che ostacoli la possibilità di visitare o assistere il *partner* malato.

Con specifico riferimento alle strutture ospedaliere o di assistenza (ad esempio, case di riposo per anziani, centri diurni, residenze per persone con disabilità), il comma 39° pone un divieto di discriminazione. Di conseguenza, sarebbero illegittimi – perché *contra legem* – regolamenti interni delle strutture in questione che riservassero al convivente un trattamento deteriore rispetto a quello accordato al coniuge, alla parte di un'unione civile o ad altre persone di famiglia [16].

Parentesi: il carotaggio compiuto su un numero significativo di "carte dei servizi" evidenzia la ricorrenza di espressioni come «Orari di visita ai degenti ricoverati da parte dei famigliari […]». O ancora, «la presenza dei famigliari oltre gli orari normalmente consentiti necessita

---

[15] Cfr., al riguardo, G. Dosi, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 117: «Il legislatore […] non trasforma i legami di assistenza morale e materiale in obbligazioni giuridiche […]. Non si tratta quindi di obbligazioni giuridiche ma di veri e propri doveri morali di solidarietà, appunto vincoli di reciproca assistenza morale e materiale che non possono mancare in chi pianifica un progetto di vita comune. Il richiamo è allo schema, quindi, pur sempre delle obbligazioni ma non di quelle "civili" sebbene "naturali" in virtù delle quali il nostro codice civile riconosce la non ripetibilità di quanto corrisposto in attuazione spontanea di quei doveri (art. 2034 c.c.) […]. Non c'è, perciò, nessuna parificazione tra i doveri morali esistenti tra conviventi e doveri giuridici esistenti tra coniugi o tra parti dell'unione civile». Sul punto, altresì, si veda L. Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 928: «È noto che l'art. 143, comma 2, c.c. configura l'assistenza morale e materiale quale obbligo reciproco discendente dal matrimonio; il medesimo obbligo reciproco, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 11, l. n. 76/2016, deriva anche dalla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Diversa valenza assume invece la reciproca assistenza morale e materiale tra i conviventi di fatto […], nella misura in cui essa non configura un obbligo, ma viene spontaneamente prestata in ragione del vincolo affettivo che lega i *partner*».

[16] Del pari, sarebbero illeciti – perché lesivi del diritto soggettivo a visitare ed assistere il *partner* malato – eventuali comportamenti degli operatori sanitari volti ad imporre al convivente del ricoverato limitazioni all'accesso al reparto "giustificate" dall'assenza di un vincolo formale.

dell'autorizzazione scritta rilasciata dal coordinatore infermieristico o dal direttore del reparto». In alcune leggi regionali, poi, si stabilisce che «I familiari dei pazienti di età superiore ai sessantacinque anni sono autorizzati a trattenersi anche al di fuori degli orari di visita» [17]; oppure, similmente, che «Al fine di assicurare una particolare assistenza ai degenti con ridotta autonomia nell'espletamento delle proprie funzioni fisiologiche e comunque a quelli di età superiore ai settantacinque anni, negli ospedali, cliniche universitarie o case di cura convenzionate con la Regione è sempre consentito, anche in deroga agli orari ordinari di visita, l'accesso ad un familiare […]» [18].

Orbene, qui interessa sottolineare che nella cerchia dei famigliari (*id est*: coloro che sono "cari" al paziente e con cui questi ha in essere una fitta corrispondenza di vita) rientra oggi – non solo a lume di buon senso, ma anche, e in primo luogo, di diritto – la persona del convivente [19].

Ma non diversamente è a dirsi quando nei regolamenti interni delle strutture sanitarie fanno capolino locuzioni come «visita dei parenti» o «all'interno delle stanze di degenza è consentita la presenza di un solo parente per degente». In questi contesti linguistici, infatti, l'impiego della parola "parente" è all'evidenza atecnico. Tanto da imporre un'interpretazione lasca, tale per cui si devono includere tra i "parenti" il coniuge, la parte dell'unione civile e il convivente di fatto: tutti soggetti, cioè, che in senso tecnico-giuridico parenti non sono.

Detto questo, qui preme rilevare che la disposizione di cui al comma 39° è più importante di quanto non sembri a tutta prima. Essa, come lascia intendere l'uso della congiunzione disgiuntiva "o", si riferisce genericamente a tutti i casi di malattia del *partner*, oppure (alternativamente) all'ipotesi peculiare di ricovero presso una struttura ospedaliera o assistenziale. Per ognuna delle fattispecie contemplate, quindi, la disposizione in parola stabilisce che «i conviventi di fatto hanno diritto […] di visita o di assistenza».

Tradotto in termini operativi, tanto significa che il convivente non può essere lecitamente al-

---

[17] Art. 16, comma 2 *bis*, l. reg. Lombardia 16 settembre 1988, n. 48 (comma aggiunto dall'art. 1 della l. reg. Lombardia 15 febbraio 1992, n. 4).

[18] Art. 13, comma 1, l. reg. Liguria 16 aprile 1985, n. 27.

[19] Inoltre, pare persuasivo ritenere che il convivente di fatto sia da annoverarsi tra i c.d. «*protecteurs naturels*»; ossia, coloro che – pur non essendo titolari di poteri sostitutivi del paziente incapace di autodeterminarsi – dovrebbero (la forma dubitativa è d'obbligo in assenza di un'esplicita regolamentazione) essere per quanto possibile consultati dal medico prima di assumere decisioni sul se intraprendere o proseguire procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici. Sulla figura e il ruolo dei "protettori naturali", cfr.: L. PASCUCCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure,* in AA.VV., *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Rimini, 2014, p. 207 ss., spec. 249 ss.; S. BRANDANI, in S. BRANDANI e G. NAVONE, *Il consenso ai trattamenti sanitari delle persone incapaci*, in *Persona e mercato*, 2011, p. 209 ss., spec. 218 s.; nonché, U. G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, p. 348 ss., spec. 350 s. («La cerchia delle persone che, nel singolo caso, possono aspirare al ruolo di interlocutori "privilegiati" del terapeuta non è determinabile secondo schemi fissi […]. Prevale infatti la tendenza a ritenere che un amico intimo o la persona con la quale il paziente felicemente conviva siano preferibili ad un lontano, magari semisconosciuto parente, o anche al coniuge separato, in particolare quando i loro rapporti risultino deteriorati»). Più in generale, un'analisi dei poteri attribuiti ai familiari delle persone malate in Italia e in molti altri ordinamenti statali è in AA.VV., *Families and End–of–Life Treatment Decisions. An International Perspective*, a cura di B. Feuillet, K. Orfali e T. Callus, Bruxelles, 2013.

lontanato dal capezzale del *partner*, ovunque esso si trovi (nella casa d'abitazione, in ospedale o altrove); e, parallelamente, che i cosiddetti familiari di sangue o altri membri della famiglia legittima non hanno il diritto d'appropriarsi [20] – cingendolo con una sorta di "cordone sanitario" – del corpo svigorito della persona morente.

Sarebbe allora ben strano se la norma espressa dal comma 39° non potesse essere invocata dalle coppie formate da conviventi legalmente o di fatto separati. E infatti, conducendo alle sue ultime conseguenze questo modo di intendere l'ambito soggettivo d'applicazione della nuova disciplina, non resterebbe che registrare un clamoroso passo di gambero – sul fronte delle tutele – per una nutrita schiera di conviventi *more uxorio*; o, in diverse parole, si assisterebbe a un'eterogenesi dei fini di protezione manifestamente perseguiti dal nostro legislatore. Basti pensare, per rendersene conto, che così opinando si rischierebbe di legittimare la messa alla porta del compagno o della compagna di vita della persona malata su iniziativa di coniugi oramai lontani, perché da tempo separati, ma non ancora divorziati.

In chiusura di paragrafo, un'ultima notazione.

Questioni in ordine al diritto del convivente di visitare–assistere il *partner* affetto da infermità (e/o ricoverato in strutture ospedaliere o assistenziali), possono sorgere soltanto se l'individuo cui è destinata la visita e l'assistenza non è capace di esprimere la sua volontà; mentre, se costui è *compos mentis*, sarà allora anche libero di decidere da chi farsi assistere o visitare [21]. In proposito, vale la pena di segnalare che l'enunciazione di questa regola è molto schietta in una legge regionale, a mente della quale «I malati hanno diritto di non ricevere visitatori sgraditi; a tal fine i malati possono chiedere al personale addetto al reparto di allontanare determinate persone da essi indicate» [22].

4. – Il comma 40° dell'articolo unico di cui si compone la legge n. 76/2016, nei limiti di quanto qui interessa, così recita: «Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati […] in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute».

È *primo ictu oculi* avvertibile la forza tellurica di questa previsione. Essa contempla, con esplicito riferimento al convivente di fatto, ciò che (quantomeno testualmente) non è previsto né per il coniuge né per la parte di un'unione civile [23]; non solo, essa prelude al varo di una disci-

---

[20] Non di rado animati più da intenti di sciacallaggio che di cura dell'infermo.

[21] Merita piena condivisione l'affermazione secondo cui «la persona che è ricoverata in ospedale ha diritto a ricevere visite ed assistenza dalle persone che preferisce, siano esse parenti od amici, e quindi anche il convivente» (G. Dosi, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, cit., p. 165).

[22] Art. 16, comma 1, l. reg. Lombardia 16 settembre 1988, n. 48.

[23] Va da sé, tuttavia, che ciò che la legge espressamente contempla per i partner di un'unione a basso livello d'istituzionalizzazione (i conviventi di fatto), deve riconoscersi – a più forte ragione – ai membri di unioni ad alto e altissimo livello d'istituzionalizzazione (le parti dell'unione civile e i coniugi). Sembra perciò lecito sostenere che il

plina più ariosa [24] che regoli in termini generali la figura del fiduciario per i trattamenti sanitari e quella del testamento biologico [25].

Ciò posto, e ai fini dell'intelligenza della disposizione in questione, penetrante attenzione è da riservare alla locuzione – "drammaticamente atecnica" (a detta di uno dei suoi più autorevoli commentatori) [26] – secondo cui la designazione del rappresentante può avvenire «con poteri pieni o limitati».

"Poteri limitati", in questo contesto, sta a significare che il potere sostitutivo del rappresentante designato deve essere esercitato in linea con le direttive anticipate di trattamento medico–sanitario eventualmente manifestate dall'interessato. Con l'espressione "pieni poteri", invece, si allude all'ipotesi di una delega secca, sostanzialmente in bianco, non integrata da dichiarazioni anticipate di trattamento.

A quest'ultimo riguardo, c'è ora da sgombrare il cammino da un possibile fraintendimento che consisterebbe nel considerare i *pieni* poteri di cui ci occupiamo come sinonimo di *absoluti*, ossia scevri da limitazioni. È, invece, ragionevole pensare che il fiduciario per la salute – al pari del genitore, del tutore e dell'amministratore di sostegno – sia tenuto a esercitare il suo potere sostitutivo in stretta conformità all'interesse della persona incapace [27]. E così, in assenza di specifiche indicazioni contenute nelle direttive anticipate, può ritenersi doverosa la prestazione del consenso a un trattamento terapeutico necessario e proporzionato alla situazione clinica dell'interessato.

Affermare il contrario, si chiosa, equivarrebbe ad assumere l'esistenza di uno spropositato *ius vitae ac necis* del fiduciario (con "pieni poteri") su chi l'ha designato tale [28].

---

legislatore del 2016 ha per tal via integrato, forse inconsapevolmente, la stessa disciplina del matrimonio. A questo epilogo interpretativo, a mio modo di vedere, si può giungere senza incomodare la Corte costituzionale. *Contra*, E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia. Legge 20 maggio 2016, n. 76 – Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016, p. 233: la norma di cui al comma 40 dell'art. 1 della l. n. 76/2016 «attribuisce al convivente poteri che non ha chi è coniugato, oppure in unione civile, basandosi sul presupposto discutibile, che nel coniugio (e quindi nell'unione civile) tali poteri vi siano […]. La norma presenta problemi di costituzionalità palesi, perché privilegia la convivenza di fatto rispetto ad altri rapporti ai quali, trattandosi di norma eccezionale, non potrà essere estesa».

[24] È opportuno anticipare che nel momento in cui si scrive (luglio 2017) è stato approvato dalla Camera dei deputati e assegnato in sede referente alla Commissione "Igiene e sanità" del Senato un disegno di legge recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Esso, al comma 1 dell'art. 4, dispone che «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi […] può […] indica[*re*] altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata "fiduciario", che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie […]».

[25] In proposito, una nitida ricostruzione delle esperienze straniere – sia nell'area di *common law* sia in quella di *civil law* – è nel recente studio monografico di G. COLACINO, *Autonomia privata e direttive anticipate*, Milano, 2016, spec. p. 43 ss.

[26] L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 100.

[27] Sui limiti al potere sostitutivo del rappresentante legale in ordine ai trattamenti sanitari si veda L. PASCUCCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure,* cit., spec. p. 229 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

[28] Al riguardo, cfr. E. CALÒ, *Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo*, in *No-*

In altre parole, si può ben dire che il «rappresentante […] per le decisioni in materia di salute» è titolare di un ufficio di diritto privato (o *munus*), il cui esercizio non è libero, ma vincolato alla cura dell'interesse altrui: si è qui di fronte a un potere inscindibilmente collegato a un dovere, quello di agire secondo l'esclusiva utilità della persona sottoposta alla "potestà". Ma se così è – analogamente a quanto prescritto in materia di responsabilità genitoriale e di tutela (cfr. artt. 330, 333 e 384 cod. civ.) – pare anche sensato ammettere che il giudice tutelare possa disporre la sospensione o (nei casi più gravi) la rimozione del fiduciario dalla relativa funzione ove questi trascuri i suoi doveri, si mostri inetto nel compimento degli stessi, oppure faccia un cattivo uso delle prerogative di cui è stato investito.

Tanto acquisito, e traendo spunto dalla regola enunziata dall'art. 37 del Codice di deontologia medica [29], si è allora dell'avviso che, in difetto di stato di necessità e di preventive istruzioni dell'interessato, l'operatore sanitario debba segnalare all'autorità giudiziaria l'opposizione del rappresentante a cure prospettate come profittevoli per il paziente; mentre, qualora ricorrano i presupposti dello stato di necessità e, se del caso, ad onta dell'opposizione manifestata dal fiduciario, il medico deve apprestare le cure ritenute indispensabili e indefettibili [30].

Può sembrare singolare che al «rappresentante con poteri pieni» sia precluso ciò che potrebbe essere consentito a quello «con poteri limitati»: vale a dire, di rifiutare cure indispensabili alla sopravvivenza e del tutto proporzionate alle specifiche condizioni cliniche del rappresentato. Si pensi per antonomasia a una trasfusione di sangue. Ma la stranezza scompare ove si rifletta sul fatto che da una designazione in bianco – non illuminata (più che limitata) da dichiarazioni anticipate di trattamento – non può ragionevolmente originare un potere sostitutivo sconfinato, tale da abilitare il designato a spingersi sino all'estremo limite del rifiuto di terapie salvavita per nulla invasive e pressoché indolori.

In definitiva, non è azzardato accostare la designazione del «rappresentante con poteri pieni» ad una procura generale conferita *ad nutum* per la cura di tutti gli "affari" [31] appartenenti a una determinata categoria (nella specie: tutti quelli che riguardano la salute dell'interessato). Ne viene, sul piano della disciplina, che alla designazione *pura e semplice* del fiduciario si può

---

tariato, 2016, p. 596 ss., spec. 597: «se il rappresentante fosse stato investito di pieni poteri […] egli potrebbe decidere, così come avrebbe potuto fare il rappresentato, di approvare un intervento chirurgico discutibile (ma certamente quest'ipotesi è a sua volta discutibile) oppure di non consentire alcun intervento sanitario essenziale per il pieno recupero di un infermo perfettamente curabile […], se il rappresentante avesse gli stessi poteri del rappresentato, si sarebbe alla mercé dei suoi *desiderata*, anche errati o comunque discutibili […]. Gli ordinamenti avanzati, come ad esempio il *Code de la Santé* francese, contengono previsioni, diciamo, bilanciate, fra i poteri del rappresentante e la valutazione dei medici […]. Nel nostro caso, i commi 40 e 41 attribuiscono al rappresentante un potere pressoché di vita e di morte».

[29] Il codice vigente è stato approvato dal Consiglio nazionale della Federazione italiana degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri il 18 maggio 2014, in sostituzione di quello del 2006.

[30] Per una visione d'insieme sulla disciplina e i fondamenti privatistici dell'obbligo di soccorso, si veda P. D'AMICO, *Il soccorso privato*, Napoli, 1981.

[31] Con la precisazione, perfino ovvia, che gli "affari" in questione non hanno contenuto patrimoniale, ma squisitamente personale.

estendere la regola – prevista per il mandato (sia pure in ambito patrimoniale) – secondo cui la procura generale «non comprende gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se non sono indicati espressamente» (art. 1708, comma 2°, cod. civ.). Il senso della disposizione è di evidenza palmare: il compimento di atti "straordinari" per conto altrui manifesta la necessità di una specifica autorizzazione da parte dell'interessato, e non v'è dubbio che il rifiuto di mezzi terapeutici ordinari, del tutto proporzionati alla situazione clinica del paziente, costituisce un atto di straordinaria amministrazione; e quindi, un atto che il rappresentante è legittimato a compiere se, e solo se, esso risulta contemplato nelle direttive anticipate di trattamento.

5. – La designazione del fiduciario per la salute presenta significativi punti di contatto con l'atto – disciplinato dall'art. 408 cod. civ. – mediante il quale lo «stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, […]» può indicare la persona che il giudice dovrà di regola incardinare nell'ufficio di amministratore di sostegno qualora la situazione potenziale d'incapacità dovesse divenire attuale. Per diffuso consenso, infatti, si ritiene che (anche) l'indicazione preventiva dell'amministratore di sostegno possa esaurirsi nella mera designazione, oppure essere arricchita da direttive anticipate di trattamento [32]. Tuttavia, a fronte di queste somiglianze, non si possono chiudere gli occhi dinanzi ad alcune importanti differenze.

La prima differenza, ma grande, è data dal fatto che la designazione preventiva dell'amministrazione di sostegno non ne comporta la nomina, essendo quest'ultima a esclusivo appannaggio del giudice tutelare (come bene è stato osservato, "la facoltà concessa al soggetto di indicare una persona *ex* art. 408, primo comma, c.c." non sortisce "l'effetto di istituire direttamente amministratore di sostegno il soggetto designato", giacché "a produrre gli effetti della nomina sarà" pur sempre "il decreto del giudice tutelare, unico soggetto abilitato ad accertare la 'impossibilità, anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi' di cui all'art. 404 c.c.") [33]. Là dove l'investitura del fiduciario per la salute – prevista dal comma 40° dell'art. 1 della l. n. 76/2016 – non richiede la mediazione necessaria e successiva del giudice tutelare. In altri termini: l'atto di designazione in parola non è un «negozio unilaterale *accessorio* al decreto di nomina» [34],

[32] Così, in particolare, Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707: «L'atto di designazione previsto dall'art. 408, comma 1, cod. civ. può contenere, oltre la designazione, anche le direttive anticipate di trattamento. Tale atto orienta l'intervento del medico e impone al giudice di attribuire all'amministratore di sostegno poteri funzionali ad attuare le direttive, purché queste siano ancora attuali»; la sentenza è stata annotata da A. GORGONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 424 ss.

[33] *Ad litteram*, P. MATERA, in G. SALITO e P. MATERA, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2004, p. 667 s. Sul punto, in luogo di molti, cfr. G. BONILINI, *La revocabilità della designazione di amministratore di sostegno*, in *Studium iuris*, 2015, p. 1004 ss., spec. 1005: «Si badi: la designazione in esame non configura già un mandato in vista della propria, futura ed eventuale, incapacità […], giacché è pur sempre il giudice tutelare a nominare l'amministratore di sostegno. Più semplicemente, dà attualità a un criterio preferenziale di scelta, dato che il giudice tutelare non potrà distaccarsi, se non nell'ipotesi normativamente contemplata, dalla scelta palesata».

[34] In questi termini, persuasivamente, qualifica l'atto di designazione preventiva dell'amministratore di sostegno P. MATERA, *op. cit.*, p. 668.

ma un negozio giuridico unilaterale sufficiente (di per sé solo) a legittimare il rappresentante designato ad esprimere il consenso o il dissenso ai trattamenti medici in vista del possibile inverarsi di una situazione futura d'incapacità [35].

Più nel dettaglio, è un atto costitutivo di un potere che, dovendo esercitarsi nell'esclusivo interesse (e in accordo alle eventuali istruzioni) del rappresentato, meglio può essere qualificato in termini di potestà. Inoltre, trattandosi di un negozio unilaterale dal quale non origina un obbligo di cura in capo al designato, esso somiglia assai più alla procura che al mandato [36].

In chiave operativa deve poi segnalarsi che la nomina "ora per allora" di un fiduciario per la salute risponde all'esigenza – molto avvertita, soprattutto tra i membri di alcune confessioni religiose – di predisporre uno strumento *ex se* efficace al sopravvenire, improvviso, di uno stato d'incapacità [37]; e quindi, in ultima analisi, di scongiurare il pericolo che sotto la spinta dello stato di necessità, mancando il tempo materiale per procedere all'investitura giudiziale di un rappresentante legale, il medico infligga all'interessato cure da quest'ultimo (previamente) rifiutate.

A segnare ulteriormente la differenza tra la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e quella del rappresentante in materia di salute sta poi il diverso *vestimentum* dei ri-

---

[35] Al riguardo, cfr. M. SESTA, *Riflessoni sul testamento biologico*, in *Famiglia e dir.*, 2008, p. 407 ss., spec. 409: «occorre avvertire come la designazione di cui all'art. 408 c.c. presenti una sensibile differenza rispetto a quella del fiduciario per la salute, dal momento che la nomina dell'amministratore è comunque lasciata dalla legge alla competenza del giudice tutelare, senza perciò acquistare efficacia in forza della mera volontà dell'interessato, ancorché il giudice possa discostarsi da essa solo in presenza di gravi motivi».

[36] Al riguardo, notabile è il fatto che – ai sensi del comma 40 dell'articolo unico della l. n. 76/2016 – la designazione del fiduciario per la salute non richiede (ai fini del suo perfezionamento) l'accettazione della persona nominata dall'interessato. Nondimeno, occorre avvertirlo, a diverse conclusioni potrebbe indurre l'approvazione dall'art. 4, commi 1 e 2, del disegno di legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», secondo il quale «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi […] può […] indica[*re*] altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata "fiduciario", che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie […]. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con atto successivo, che è allegato alle DAT. Al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT. Il fiduciario può rinunciare alla nomina con atto scritto, che è comunicato al disponente».

[37] Com'è noto, nel recente passato alcuni giudici di merito hanno tentato di assecondare la sopraindicata esigenza provvedendo – su istanza del beneficiario adulto, pienamente capace d'intendere e in perfetta salute – alla nomina "*pro futuro*" di un amministratore di sostegno col compito (in caso di sopravvenuta incapacità) di accordare o negare il consenso alle cure in linea con le volontà previe di trattamento. In tal senso: Trib. Firenze, 22 dicembre 2010; Trib. Cagliari, 22 ottobre 2009; Corte App. Cagliari, 16 gennaio 2009; Trib. Modena, 23 dicembre 2008; Trib. Modena, 5 novembre 2008. In via pretoria, quindi, si è giunti ad attribuire all'amministratore di sostegno il ruolo di esecutore del testamento biologico. Ma a fronte di tale indirizzo, pare ormai consolidato l'orientamento opposto allineato al tenore della seguente massima: «non è legittimata a proporre il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno in proprio favore la persona che si trovi nella piena capacità psico–fisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale d'incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto» (così, *ex plurimis*, Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707). Va soggiunto, per completezza, che significative aperture si registrano a favore della nomina "ora per allora" dell'amministratore di sostegno nei riguardi di chi, nell'immediato futuro, assai plausibilmente verserà in uno stato d'infermità tale da renderlo incapace di provvedere ai propri interessi (crf. Trib. Modena, 10 dicembre 2015). Un'analisi approfondita delle questioni or ora accennate è in L. PASCUCCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, cit., spec. p. 241 ss.

spettivi atti di designazione. E infatti, per la validità del primo il codice civile esige la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (art. 408); per la validità del secondo, la legge n. 76/2016 si contenta della «forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerl[*o*], alla presenza di un testimone» (art. 1, comma 41°).

6. – Come si può constatare dalla chiusa del precedente paragrafo, l'investitura "ora per allora" del fiduciario per la salute è assoggettata a un formalismo attenuato in confronto a quello richiesto dal codice civile per l'indicazione dell'amministratore di sostegno [38].

Tanto premesso, guardando specificamente alle modalità di nomina del «rappresentante con poteri pieni o limitati […] per le decisioni in materia di salute» [39], è ora da segnalare che la disposizione di cui al comma 41° prevede due forme di designazione. Una ordinaria, l'altra speciale. Alla seconda – sulla falsariga delle forme testamentarie – l'interessato può ricorrere soltanto quando sia impedito a osservare la prima.

Forma ordinaria dell'atto di designazione del fiduciario per la salute (eventualmente integrato da direttive anticipate di trattamento) è lo scritto firmato e di pugno integralmente vergato dal designante; mentre, per quanto opportuna, non è prescritta come necessaria l'indicazione della data.

Sia come sia, ci pare il caso di fissare un dato: che allo stato del diritto vigente il testamento non è più un *unicum*, ossia il solo atto per il quale la legge richiede il requisito formale dell'olografia.

La scelta dell'olografia quale forma vincolata della designazione del rappresentante in materia sanitaria non è priva di disegno. Anzitutto, chiaro è l'intento di offrire uno strumento che, potendo essere confezionato "in casa" (senza la presenza di testimoni e/o l'intervento di pubblici ufficiali), sia nel contempo economico e di facile impiego. In secondo luogo, l'autografia assicura sia l'autenticità dell'intero contenuto della dichiarazione resa dal disponente sia l'origine del documento che la contiene da chi figura come autore. Ma scrupolo vuole che si segnali che l'autenticità dell'autografia non è autoevidente: essa è sì facilmente accertabile, ma non è immediatamente verificabile. Il medico, d'altra parte, non è un grafologo; e quindi, ricorrendo i presupposti dello stato di necessità, potrebbe essere indotto legittimamente a disattendere i contenuti di una scrittura che – di per sé sola – non fa piena prova della provenienza da chi appare averla sottoscritta (arg. *ex* art. 2702 cod. civ.).

Si pensi al caso di un paziente in condizioni d'incoscienza e di imminente pericolo di vita

[38] Incidentalmente, si può osservare che il formalismo richiesto per l'atto di designazione del fiducuario per la salute è anche più attenuato di quello prescritto per la validità dei contratti tra conviventi per la regolamentazione dei «rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune». Ai sensi comma 51, infatti, tali contratti debbono essere «redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato».

[39] Art. 1, comma 40, l. n. 76/2016.

che giunga al pronto soccorso assieme a un cartiglio scritto a mano (ma da chi?) che esprime il rifiuto di terapie salvavita. Esempio: «Designo la mia convivente Caia quale rappresentante per le decisioni in materia di salute. Non voglio essere sottoposto né a trasfusioni di sangue né a tracheotomia».

Ma qui conviene aggiungere anche un'altra considerazione. La semplice visione di un testo autografo – pur quando nulla induce a dubitare della sua autenticità – non offre all'operatore sanitario sicure e immediate indicazioni in ordine alla capacità naturale del designante nel momento in cui è stata redatta la dichiarazione.

Diversamente, una designazione ricevuta o autenticata dal notaio consentirebbe di minimizzare, se non proprio scongiurare, i rischi appena ventilati [40]. Ciò considerato, è allora persuasivo ritenere che la «forma scritta e autografa» costituisce la forma ordinaria "minima" dell'atto di designazione; e che, di conseguenza, la designazione può essere fatta (validamente) anche per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Accanto alle forme ordinarie di designazione (l'abbiamo anticipato), ve n'è un'altra, "speciale", alla quale è possibile ricorrere soltanto «in caso di impossibilità» di utilizzo delle prime; e quindi, in concreto, quando il designante non è in grado di redigere una dichiarazione olografa e – ad avviso di chi scrive – non vi è neanche il tempo d'avvalersi della collaborazione del notaio. L'eccezionalità di tali circostanze giustifica una designazione nuncupativa, fatta oralmente alla presenza di un testimone, «che di solito sarà un componente del personale sanitario, o anche un familiare, purché […] diverso da quello designato, onde evitare conflitti d'interesse» [41].

7. – A corredo delle considerazioni svolte al paragrafo che precede, va da ultimo segnalata l'esistenza di una palese discrasia tra le disposizioni appena menzionate e quelle contenute nel disegno di legge recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» [42], approvato dalla Camera dei deputati il 20 aprile 2017 e – nel momento in cui si scrive [43] –

---

[40] Sul ruolo del notaio nella designazione preventiva dell'amministratore di sostegno cfr.: P. MATERA, in G. SALITO e P. MATERA, *Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio*, cit., spec. 669 s. («in sede di designazione preventiva il notaio riacquisti ancora una volta un ruolo primario, non solo nell'accertare lo stato del designante, ma anche nel fornire quella opera di guida, di consulenza vera e propria del cliente che la giurisprudenza da sempre gli riconosce»); G. SALVI, *I problemi nella scelta dell'amministratore di sostegno: la designazione da parte del beneficiario per il suo stato di incapacità fisica attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 618 ss., spec. 619 («il ruolo del notaio che consente la forma solenne dell'atto di designazione si pone, in astratto, come duplice garanzia sia dell'informazione circa le conseguenze dell'atto – essendo il professionista a ciò chiamato in quanto garante della legalità – sia della capacità del soggetto al momento della stipulazione»). Merita aggiungere, a mio avviso, che quando l'atto di designazione è integrato da direttive anticipate di trattamento sanitario la funzione di adeguamento del testo linguistico all'intento empirico del designante – più che dal notaio – dovrebbe essere svolta da un medico a tale delicatissimo ufficio adeguatamente preparato.

[41] L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 101.

[42] Atto Senato n. 2801.

[43] Luglio 2017.

in corso di esame (in sede referente) dinanzi alla Commissione "Igiene e sanità" del Senato [44].

Il disegno di legge generalizza la possibilità per «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte» di esprimere, attraverso dichiarazioni anticipate, «le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari» e di indicare «altresì una persona di sua fiducia, […] denominata "fiduciario"» (si osservi, anche persona diversa dal convivente, dalla parte dell'unione civile o dal coniuge) «che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» (art. 4, comma 1°).

Dunque, l'entrata in vigore dell'emananda disciplina renderebbe di generale applicazione l'istituto del fiduciario per la salute: chiunque, purché capace d'agire e *compos sui*, potrebbe decidere d'avvalersene. Non solo, muterebbero, ma solo in parte, le forme ordinarie e speciali della designazione.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, il disegno di legge dispone che l'indicazione del fiduciario debba farsi, di regola, «per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro» (art. 4, comma 6°).

Come si può constatare, il comma appena riportato esplica la regola (per ora inespressa) secondo la quale la designazione può essere vestita con l'abito solenne dell'istrumento ricevuto o autenticato dal notaio. Inoltre, e soprattutto, forma ordinaria "minima" dell'atto di designazione – in luogo di quella olografa – diverrebbe la scrittura privata personalmente consegnata all'ufficio comunale dello stato civile.

La consegna del documento, si chiosa, presuppone l'identificazione del consegnante; e quindi, la verifica della corrispondenza tra costui e chi appare come disponente; e tutto ciò, è piuttosto evidente, in funzione di garanzia della paternità della scrittura [45].

Trascorrendo sul fronte delle forme speciali, a cui ricorrere «Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente» non permettono di utilizzare quelle ordinarie, il disegno di legge stabilisce che l'indicazione del fiduciario può essere espressa «attraverso videoregistrazione» (*rectius*, creando un documento audiovisivo che rappresenta iconicamente una dichiarazione orale) [46], oppure mediante «dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare» (art. 4, comma 6°). Si pensi, ad esempio, agli ausili informatici a controllo oculare grazie ai quali per-

---

[44] Cfr. D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Un dibattito da rianimare*, Torino, 2016.

[45] Degna di nota (e molto opportuna) è la previsione di un sistema di pubblicità legale («[l']apposito registro» di cui è parola nell'art. 4, comma 6° del disegno di legge), ossia di un meccanismo formalmente deputato ad assicurare la perdurante conoscibilità dell'indicazione del fiduciario per la salute e, più in generale, delle disposizioni generali di trattamento.

[46] Sul concetto di rappresentazione iconica, sia consentito di rinviare a G. NAVONE, Instrumentum *digitale, teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012, spec. p. 21 ss.

sone affette da gravissime limitazioni motorie possono esprimersi con minimi spostamenti della pupilla.

Notabile è il fatto che l'emananda disciplina non contempla – neanche in via eccezionale – la possibilità di procedere alla designazione nuncupativa del fiduciario alla presenza di un solo testimone [47].

A questo punto, naturale domandarsi: quale sarebbe la sorte dei commi 40 e 41 dell'art. 1 della l. n. 76/2016 ove il disegno di legge «in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» venisse (com'è stato alla Camera) approvato anche al Senato?

Dal momento che la nuova legge regolerebbe – a più ampio raggio e in maniera parzialmente diversa – l'intera materia della designazione del rappresentante in materia sanitaria, ne discenderebbe l'abrogazione implicita [48] della fonte anteriore; né potrebbe, in contrario, addursi la natura speciale della disciplina preesistente, per poi appellarsi – prevedibilmente – al noto (e controverso) criterio di risoluzione delle antinomie secondo cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali* [49].

Nella designazione del convivente, infatti, non è dato scorgere una *differentia specifica* rispetto alle altre ipotesi di designazione all'ufficio di fiduciario per la salute; quindi, in assenza di elementi specializzanti, non si giustificherebbe la prevalenza della disciplina anteriore su quella successiva.

In altre parole, si può ben dire che la designazione del convivente non costituisce un caso a sé all'interno del *genus proximum* cui appartiene; donde la sua specifica regolamentazione (nella lettera della legge n. 76/2016) è solo il frutto di una – questa sì singolare – "ansia di anticipazione".

---

[47] Va semmai soggiunto che l'art. 4, comma 6°, del disegno di legge «in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» dispone che, nei «casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca» del fiduciario (e, più in generale, delle disposizioni anticipate di trattamento) con le forme previste per la designazione, quest'ultima può essere revocata «con dichiarazione verbale raccolta […] da un medico, con l'assistenza di due testimoni»; si prevede, quindi, che la revoca orale della designazione – che è cosa diversa dalla designazione – possa essere eccezionalmente "raccolta" da un medico alla presenza di altri due testimoni.

[48] Sulle tipologie di abrogazione non espressa, cfr. A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, 2ª ed., Torino, 2016, p. 87: «Nel caso dell'abrogazione tacita la fonte successiva non indica espressamente le disposizioni che si intendono abrogare, ma si limita semplicemente a porre delle norme il cui contenuto è incompatibile con norme precedenti. Con l'abrogazione implicita, l'abrogazione consegue invece al fatto che la nuova fonte regola, in maniera diversa, l'intera materia già regolata da una fonte precedente».

[49] In luogo di molti, cfr.: R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, 2ª ed., Torino, 2014, p. 296, *sub* nota n. 34: («Secondo un modo di vedere diffuso […] la norma anteriore speciale non è abrogata dalla norma generale successiva, ma anzi costituisce deroga ad essa […]. Ma la tesi […] non ha alcun fondamento di diritto positivo: sembra anzi contraddire l'art. 15 disp. prel. cod. civ.»); E. DICIOTTI, *Ordinamento giuridico*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A. Schiavello e V. Villa, Torino, 2013, p. 184 ss., spec. 202 («Nel nostro e in molti altri ordinamenti sono presenti tre principali principi per la risoluzione delle antinomie. Il principio gerarchico […], il principio cronologico […] *e il* principio di specialità […]. Mentre i primi due principi trovano espressione in disposizioni costituzionali e legislative […], l'ultimo appare essenzialmente frutto di elaborazione giurisprudenziale»).

JUS CIVILE

LAURA MOSCATI

Professore ordinario di Storia del diritto italiano – Università La Sapienza di Roma

NUGAE CIVILISTICHE. SULLA SCUOLA ROMANA DEL PRIMO NOVECENTO*

SOMMARIO: *1. Le radici di un itinerario singolare. Origine e sviluppo della civilistica romana tra Ottocento e Novecento. – 2. Protagonisti, tematiche e insegnamento tra Stato liberale e primo regime fascista. – 3. La legislazione di guerra. – 4. Gli studi sul diritto delle obbligazioni e le nuove teorie sulla responsabilità precontrattuale. – 5. Appendice conclusiva: la parabola del diritto privato comparato.*

1. – Il 22 aprile 1827 Savigny scrive da Roma a Pietro Capei: «Parmi les objets curieux que j'ai visités à Rome, je n'ai pas oublié les professeurs de droit Romain et la méthode d'enseigner cette science bien au-dessus de mon attente, de sorte qu'en la comparant à ce que vous m'avez raconté de l'Université de Pise, je trouve l'Université de Rome bien préférable. Elle a même fait des progrès dans ces derniers temps, le Pape actuel ayant défendu de dicter les leçons, de sorte que j'ai entendu expliquer les pandectes dans un discours absolument libre» [1]. Tale giudizio verrà da Savigny riprodotto, con maggiori dettagli, nel noto articolo sull'insegnamento del diritto in Italia [2] pubblicato al suo rientro in patria e soprattutto nei suoi diari di viaggio [3].

Savigny, interessato agli ordinamenti didattici dei vari Stati visitati, ricorda di aver ascoltato alla Sapienza le lezioni dei due professori di Pandette (*Textus civilis*), Barbaro Teodosio Bencivenga e Carlo Giovanni Villani, dei quali sottolinea l'esposizione puramente dogmatica, anche se aperta a una conoscenza della dottrina precedente in materia, ma non basata specificamente sulle fonti proprie del diritto. Come è noto, si tratta di uno degli Stati preunitari in cui vigeva il diritto romano, motivo di particolare interesse e di studio per Savigny, per il fatto che lo Stato pontificio era rimasto terra di diritto comune, senza aver aperto la strada alla codificazione.

Durante il soggiorno alla Sapienza, il giurista tedesco, venendo a sapere che i corsi di Istituzioni e di Pandette sono impartiti nei quattro anni universitari, sottolinea che il metodo usato a

---

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno su "Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche", svoltosi alla Sapienza Università di Roma il 21 e 22 ottobre 2016 e destinata anche agli atti del convegno.

[1] La lettera di Savigny a Capei è edita da D. MAFFEI, *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach, Keip, 1995, 487.

[2] F.C. VON SAVIGNY, *Ueber den juristischen Unterricht in Italien*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1-2 (1828), 201-228. L'articolo di Savigny è stato poi riprodotto nelle *Vermischte Schriften*, IV, Berlin, Bei Veit und Comp., 1850, 309-342.

[3] L. MOSCATI, *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000, 107-112.

Roma è simile a quello praticato trent'anni prima nelle università tedesche, e quindi prima della rivoluzione didattica operata dal modello humboldtiano. Tuttavia, gli sfugge o non percepisce bene che alla Sapienza non vi sono docenti in grado di applicare le potenzialità di un metodo diverso, anche se altamente qualificato, sicché la Facoltà rimane a lungo estranea a qualsiasi rinnovamento sostanziale.

In realtà, nella Facoltà giuridica romana non si trova né alla fine degli anni venti, né per molto tempo ancora niente di humboltdiano, di francese o comunque di europeo: la scienza giuridica sembra impermeabile alle nuove metodologie [4]. Anche dopo la riforma seguita alla nota bolla di Leone XII *Quod Divina Sapientia* del 1824 [5], intesa alla riorganizzazione degli studi, non si assiste a nessuna modifica sostanziale, benché nella compagine universitaria, tradizionalmente conservatrice, si siano da poco verificati i primi sintomi di svecchiamento che, senza abbandonare il sistema antico, base dell'organizzazione pontificia, tradiscono a tratti l'influenza del periodo francese.

Ciò è pur sempre qualcosa, ma non si riflette ancora nell'ambiente dei professori di diritto, che tenta di trovare nell'insegnamento una linea di demarcazione tra il *ius civile* e il *ius canonicum*, che a lungo sono state le uniche discipline impartite secondo una radicata tradizione di studi. Inoltre, gli stessi docenti universitari, in una terra in cui anche la maggior parte delle cause civili è devoluta alla giurisdizione ecclesiastica, sono relegati al margine della vita giuridica dello Stato, dal momento in cui sono preferiti gli avvocati concistoriali per la revisione del progetto di Codice civile, che non verrà mai promulgato [6]. Ancora nel 1842 Mittermaier sottolinea nei *Fortschritte* che alla Sapienza non si usano libri sistematici per i corsi di Pandette, perché, secondo i professori, il diritto romano senza libri di testo e appreso puro nel suo contesto viene meglio assimilato dagli studenti [7].

Fino all'annessione dello Stato pontificio al Regno d'Italia, la Facoltà giuridica romana continua a essere retta dalla bolla di Leone XII *Quod Divina Sapientia* del 1824 e quasi tutti i professori appartengono al collegio degli avvocati concistoriali [8]. Nelle fonti, infatti, fino al 1870

---

[4] Cfr. L. MOSCATI, *La Facoltà legale e la scienza giuridica della Restaurazione*, in *Annali di storia delle università italiane*, 4 (2000), 77-93; M. SBRICCOLI, *Giuseppe Giuliani e la vicenda di un penalista moderato nell'Italia del XIX* secolo, in ID., *Scritti del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, Giuffrè, 2009, 429-466.

[5] Per la bolla cfr. *Quod Divina Sapientia*, in *Bullarii Romani continuatio summorum pontificum... tomus decimus sextus continens pontificatus Leonis XII.*, Romae, 1854, tit. XVIII. Si veda in proposito A. GEMELLI, S. VISMARA, *La riforma degli studi universitari negli Stati pontifici (1816-1824)*, Milano, Vita e pensiero, 1933.

[6] M. MOMBELLI CASTRACANE, *La codificazione civile nello Stato pontificio*. I. *Il progetto Bartolucci del 1818*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1987; EAD., *La codificazione civile nello Stato pontificio*. II. *Dal progetto del 1846 ai lavori del 1859-63*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1988.

[7] Cfr. K.J.A. MITTERMAIER, *Ueber die Fortschritte des Rechtsstudiums in Italien in Bezug auf die Rechtsgeschichte Italiens*, in *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 14 (1842), 566.

[8] Sulla Facoltà giuridica del periodo cfr. M.R. DI SIMONE, *Gli studi giuridici all'Università di Roma nell'età di Pio IX*, in *Amicitiae Pignus. Studi storici per Piero Del Negro*, a cura di U. Baldini e G.P. Brizzi, Milano, UNICOPLI, 2013, 153-165.

troviamo che il «Collegio de' Signori Avvocati Concistoriali fa le funzioni di Collegio Legale» [9] e che esercita un forte potere anche sull'Università, dato che il rettore viene eletto al suo interno.

La situazione dell'insegnamento del diritto civile è la stessa dell'epoca di Savigny, ma destinata a cambiare rapidamente dopo il 1870, come quella dell'insieme degli studi giuridici [10]. Prima di procedere ad un approfondimento degli sviluppi romani, vorrei sottolineare che nel corso dell'Ottocento le Facoltà giuridiche italiane [11], al contrario della Sapienza, avevano aperto la strada a una progressiva trasformazione rispetto alla precedente discrasia tra i giuristi legati al mondo forense e operanti nell'ambito universitario, e quelli orientati verso la ricerca scientifica, concentrati nel mondo delle accademie e dei circoli scientifici [12], e avevano cercato di assumere nuovamente un ruolo centrale per gli studi giuridici.

È, altresì, significativo uno sguardo all'Europa coeva e in particolare alla Francia che nel periodo napoleonico aveva avuto una specifica influenza sulle università romane [13], dimostrando tra '800 e '900 singolari affinità con la situazione romana. Nella Facoltà giuridica parigina degli anni ottanta [14] si cominciano a far sentire gli echi delle voci dissenzienti che, nei decenni precedenti, avevano rappresentato una minoranza rispetto all'imperante metodo esegetico ma che, al contempo, avevano seminato germi preziosi i cui frutti sarebbero stati evidenti, oltreché nelle opere scientifiche, anche nella riforma degli studi giuridici [15].

Viene, infatti, rinnovato l'ordine degli studi con l'introduzione di nuove materie e la contrazione del peso di altre [16]. Oltre allo sviluppo della storia del diritto patrio, assistiamo alla ridu-

---

[9] Cfr., della nota stamperia Cracas, *Notizie*, *ad annum*.

[10] M.R. Di Simone, *Gli studi giuridici all'Università di Roma nella transizione tra Stato pontificio e Regno d'Italia*, in *Le Università e l'Unità d'Italia (1848-1870)*, *Atti del Convegno Pavia 13-15 giugno 2011*, a cura di A. Ferraresi e E. Signori, Bologna, Clueb, 2012, 189-204.

[11] Sulle università italiane nel periodo postunitario cfr. in particolare *L'Università tra Otto e Novecento: i modelli europei e il caso italiano*, a cura di I. Porciani, Napoli, Jovene, 1994; *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane e C. Vano, Napoli, Jovene, 1994 e la collana del CISUI per le specifiche sedi. Sulle Facoltà giuridiche in particolare, cfr. ora B. Sordi, *Les Facultés de droit italiennes entre Fascisme et République*, in *Les Facultés de droit et la Grande Guerre*, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique du monde des juristes et du livre juridique*, 35 (2015), 133-140.

[12] Cfr. L. Moscati, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna, Monduzzi, 1999, 277-321.

[13] P. Alvazzi del Frate, *La formazione dei giuristi nella Roma napoleonica: la facoltà di giurisprudenza della Sapienza*, in *Roma moderna e contemporanea*, 2 (1994), 91-104.

[14] Cfr. in particolare *Paris, capitale juridique (1804-1950). Étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, sous la direction de J.-L. Halpérin, Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2011; F. Andreau, J.-L. Halperin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe-XXe siècles*, Paris, CNRS éditions, 2013, 111 ss.

[15] Sulla civilistica francese del periodo si vedano specificamente i recenti lavori: *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*. Études réunies par N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, 2009; F. Audren, J.L. Halperin, *La culture*, cit.; *Le «moment 1900». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, sous la direction de O. Jouanjan et É. Zoller, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015.

[16] Si veda da ultimo A. Lefebvre Teillard, *Droit civil et histoire du droit à l'aube du XXe siècle*, in *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber amicorum Walter Pintens*, a cura di A.-L. Verbeke, J.M. Scherpe,

zione del peso del diritto romano, limitato a un corso obbligatorio al primo anno mentre fino ad allora si insegnava nei primi tre. Inoltre, la trasformazione dell'insegnamento da Diritto romano, materia in stretto rapporto con il codice e con il diritto civile, a Storia del diritto romano, comporta all'inizio del Novecento l'emancipazione del diritto civile e la sua autonomia dai corsi romanistici, sotto una forte pressione della dottrina e in particolare di Ihering e di Seleilles che avevano orientato gli studi maggiormente verso la comparazione e la sociologia.

Non si tratta di coloro che, a seguito dell'insegnamento di Savigny [17], avevano appoggiato il metodo storico, quanto piuttosto dei sostenitori del pensiero anticodicistico che avevano sposato le tesi del giurista tedesco fin dalle origini, esprimendo con chiarezza le loro opinioni, che solo in seguito sarebbero state oggetto di comprensione e di diffusione. Attraverso l'impegno di giuristi legati alla scienza tedesca come Laboulaye e Acher si comincia a impartire dagli anni ottanta un insegnamento autonomo di storia del diritto, con un carattere nettamente scientifico, e si sviluppano ampiamente gli studi civilistici, rimproverando ai predecessori di non aver riconosciuto il ruolo della storia e auspicando un incremento delle ricerche sulle radici degli istituti privatistici [18].

Per tornare alla situazione romana e ai suoi positivi sviluppi, nel 1878 Francesco Schupfer è chiamato per «un segreto disegno della Provvidenza», secondo Francesco Calasso [19], alla cattedra romana per la prematura scomparsa di Padelletti e si trova «balzato di colpo a capo–scuola di una scienza dove c'era tanto da fare». Subito dopo, nel 1881, è eletto membro del Consiglio superiore della pubblica istruzione ed entra a far parte della Giunta nel 1884. Proprio in quel periodo, egli predispone la riorganizzazione degli studi giuridici nella Facoltà romana, di cui è preside dal 1884 al 1886 [20], e l'applicazione del Regolamento Coppino sulla riforma degli insegnamenti che aveva tratto ampi spunti proprio dai lavori della commissione preposta alla riforma degli studi giuridici, di cui Schupfer era stato relatore [21].

Egli è chiamato proprio nel momento in cui si vuole rendere la Facoltà all'altezza del ruolo di università della capitale e farne un centro primario di sviluppo scientifico. Il suo impegno lascia nella Facoltà un assetto stabile su cui si innestano quei processi destinati a svilupparsi nei

---

Ch. Declerck, T. Helms, P. Senaeve, Cambridge, Intersentia, 2012, 815-830; EAD., *Portrait d'un «romaniste» hors du commun: Jean Acher (1880-1915)*, in *Revue d'histoire du droit*, 81 (2013), 449-464; EAD., *Recherches autour d'une expression: droit savant*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Dockès*. Contributions réunies par Ch. Lauranson-Rosaz & D. Deroussin avec l'aide de F. Toulieux & G. Jandot, Paris, ed. La Mémoire du droit, 2014, 435-454.

[17] Si vedano in particolare gli importanti lavori di O. MOTTE, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983; ID., *Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, 2 voll., Bonn, Bouvier, 1989-1990.

[18] A. LEFEBVRE TEILLARD, *Droit civil et histoire du droit à l'aube du XXe siècle*, cit., 817-818.

[19] F. CALASSO, *Il centenario della prima cattedra di storia del diritto*, Padova, Tipografia del seminario, 1958, 16.

[20] Schupfer sarà ancora preside tra il 1909 e il 1915.

[21] Cfr. L. MOSCATI, *Francesco Schupfer e la prima cattedra di storia del diritto italiano*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 85 (2012), 143-158. Sugli insegnamenti delle materie storiche nel periodo cfr. A. FIORI, *Gli insegnamenti storico-giuridici alla Sapienza negli ultimi decenni del XIX secolo*, in *Historia et Ius*, 4 (2013), 1-23.

decenni successivi. Gli anni della sua presidenza, con l'applicazione del R. Decreto del 1885 sugli insegnamenti[22], sono importanti per il consolidamento, attraverso le chiamate o le libere docenze, dell'autonomia e del prestigio della Facoltà.

Il ruolo di Schupfer incide in particolare sulle materie civilistiche, che ricoprono una funzione peculiare in uno Stato che fino ad allora non aveva avuto un codice. È sotto la sua presidenza e con la sua specifica proposta che Filomusi Guelfi viene chiamato con voto unanime alla cattedra di Diritto civile dopo aver insegnato per vent'anni l'Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e la Filosofia del diritto, cattedra che ricoprirà per altri trent'anni, con un'impronta forte per il rinnovamento della scienza giuridica[23]. Va sottolineata, per il particolare rilievo, la lunga motivazione con cui la Facoltà vuole presentare al Ministro la proposta di trasferimento di Filomusi da Filosofia del diritto a Diritto civile[24], dando ragione del valore assunto dalla materia nello sviluppo degli studi giuridici, della personalità del giurista e dei suoi studi e in particolare della sua *Enciclopedia giuridica*[25], opera centrale nello sviluppo della civilistica italiana.

Sempre sotto la presidenza di Schupfer viene chiamato, dopo un concorso travagliato, Vittorio Scialoja[26] che, oltre agli insegnamenti di diritto romano, avrà un'influenza determinante sul destino della civilistica romana e anche della comparatistica. È importante sottolineare che la presenza di Scialoja, attraverso l'insegnamento, gli studi, gli allievi, gli anni della presidenza, segna un periodo particolarmente fecondo per la civilistica romana, con un'impronta significati-

---

[22] R. Decreto 22 ottobre 1885, n. 3444. Sull'impegno di Schupfer per la preparazione del decreto dell'8 ottobre 1876, n. 3434, cfr. F. SCHUPFER, *Sul riordino degli studi giuridici. Relazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova in risposta ad alcuni quesiti proposti dal Ministro della Pubblica Istruzione*, Milano, Stab. Tip. Della Perseveranza, 1875.

[23] Cfr. N. IRTI, *Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, 33-47; ID., *Sull'opera di Francesco Filomusi Guelfi*, *ibidem*, 49-56. Si veda anche I. BIROCCHI, A. D'ANGELIS, *Filomusi Guelfi enciclopedista convinto (con considerazioni sull'inedita "Enciclopedia giuridica")*, in *Manoscritti, editoria e biblioteche dal medioevo all'età contemporanea*, a cura di M. Ascheri e G. Colli, I, Roma, Roma nel Rinascimento, 2006, 97-134; P. BENEDUCE, *Filomusi Guelfi Francesco*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, 393-396; I. BIROCCHI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, I, Bologna, Il Mulino, 2013, 863-865.

[24] M.C. DE RIGO, *I processi verbali della Facoltà giuridica romana. 1870-1900*, Roma, Viella, 2002, 251-255; ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 115.

[25] F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Matera, Antezza, 2013, ristampata con l'introduzione di G. Alpa e la presentazione di N. Irti.

[26] Cfr. M. TALAMANCA, *Un secolo di «Bullettino»*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, 91 (1988), IX ss. che inquadra la questione e la figura di Scialoja nel più generale panorama della romanistica coeva; G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la «vertenza Scialoja». Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi in memoria di Giovanni Cassandro*, I, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali, Ufficio centrale per i beni archivistici, 1991, 212-235. Per la nomina della commissione e la chiamata cfr. M.C. DE RIGO, *I processi verbali*, cit., 245, 268. Sulla centralità della figura di Scialoja si veda ora anche M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2013; E. STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, Giappichelli, 2016, 3-43.

va che, soprattutto a partire dagli anni dieci, si vuole posizionare a cavallo tra le due grandi scuole giuridiche dell'Europa del tempo.

Tale funzione fondamentale per il risorgere della Facoltà romana e per la formazione di un'«aristocrazia spirituale» è stata sottolineata dai contemporanei come Filippo Vassalli [27], ed è qui ripresa per approfondire il ruolo centrale ricoperto da Scialoja nell'individuare coloro i quali sarebbero stati gli esponenti più significativi di questa nuova fase di sviluppo degli studi civilistici e per evidenziare la demarcazione ma al contempo il rafforzamento del rapporto tra diritto civile e diritto romano ad opera di una generazione di civilisti–romanisti [28]. Diritto romano come «il più superbo monumento del diritto civile», secondo Vassalli che, nella prolusione alla Sapienza [29], parla di una scuola romana, attestata con singolare evidenza dal fatto che coloro che professano il diritto civile furono tutti cultori del diritto romano e che il diritto romano è insegnato da «maestri che sono splendore della dottrina civilistica italiana» [30]. Risulta chiara l'idea di un'autonoma configurazione delle due discipline e di una piena presa di coscienza della civilistica romana.

2. – Mentre per il XIX secolo la Facoltà giuridica romana è stata negli ultimi decenni oggetto di numerose indagini [31], che hanno permesso di ricostruire le linee essenziali della didattica e della produzione scientifica, per il primo Novecento solo di recente essa ha attirato l'attenzione degli studiosi per le prolusioni dei giuristi più significativi nel periodo liberale e per il loro contributo alla scienza giuridica [32], oltre alle classiche ricostruzioni delle biografie intellettuali di

---

[27] F. VASSALLI, *Insegnamento e riforme del diritto civile in Italia. Commemorazione del prof. Roberto de Ruggiero tenuta all'università di Roma il 31 marzo 1936-XIV*, Roma, Tip. del Senato, 1936, 9-11.

[28] Sull'importanza della figura del civilista-romanista cfr. R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1982, 59.

[29] ID., *Arte e vita nel diritto civile* (1930), in *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960, 396.

[30] *Ibidem*.

[31] Cfr. in particolare P. ALVAZZI DEL FRATE, *La formazione dei giuristi nella Roma napoleonica: la facoltà di giurisprudenza della Sapienza*, cit.; ID., *Università napoleoniche negli "Stati Romani". Il* rapport *di Giovanni Ferri di Saint-Constant sull'istruzione pubblica (1812*), Roma, Viella, 1995; G. ADORNI, *Modelli di università in trasformazione: l'Archiginnasio romano dopo il 1814*, in *Roma fra la restaurazione e l'elezione di Pio IX. Amministrazione, economia, società e cultura*, a cura di A.L. Bonella, A. Pompeo, M. I. Venzo, Roma-Freiburg-Wien, Herder, 1997, 161-178; L. MOSCATI, *La Facoltà legale*, cit.; M.R. DI SIMONE, *Gli studi giuridici all'Università di Roma nell'età di Pio IX*, cit.; EAD., *Gli studi giuridici all'Università di Roma nella transizione tra Stato pontificio e Regno d'Italia*, cit.

[32] Cfr. *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, a cura di M. Caravale e F.L. Sigismondi, Napoli, Jovene, 2014, su cui si veda G. CAZZETTA, *Unità del diritto e 'missione della scienza'. Prolusioni della Facoltà giuridica romana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 5 (2014), 209-224. Per la raccolta delle principali prolusioni civilistiche italiane cfr. *Le prolusioni dei civilisti, I (1873-1899), II (1900-1935), III (1940-1979)*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, con l'introduzione di P. GROSSI (*Le 'Prolusioni' dei civilisti e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana*). Per la loro rilevanza nella scienza giuridica italiana, cfr. *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, Il Mulino, 2013. In linea generale si può consultare anche proficuamente l'opera di N. SPANO, *L'Università di Roma*, Roma, Università degli studi di Roma "La

alcuni dei suoi principali esponenti [33] che ne hanno evidenziato le linee di pensiero più interessanti e originali.

Il periodo trattato, di cui mi limito a presentare alcuni percorsi all'interno di una più ampia ricerca ancora *in fieri*, è essenzialmente quello che comprende i primi trenta anni del Novecento e, quindi, oltre Filomusi Guelfi, ha come figure di riferimento Simoncelli, Ascoli, Polacco, De Ruggiero, fino alla chiamata di Vassalli che, come abbiamo ricordato, ha ormai chiara l'idea di essere stato cooptato in una scuola prestigiosa [34]. Ai principali esponenti si accompagna una serie di professori incaricati, titolari di corsi liberi: Caporali, Carrara, Cerciello, Faggella, Grisostomi, Pulvirenti, Sacchi, tutti liberi docenti di diritto civile che, durante il periodo esaminato, consentono con il loro impegno l'espandersi delle materie civilistiche all'interno della Facoltà, lo sviluppo della manualistica attraverso la redazione scritta delle lezioni dei professori ordinari e, in linea più generale, la possibilità di attuare un progetto di visibilità e rilevanza nel panorama italiano che sfocia in chiamate per chiara fama [35].

Ma, come vedremo, emerge anche che sia i principali titolari delle cattedre civilistiche, sia alcuni dei liberi docenti ricordati sono coinvolti in importanti iniziative che daranno lustro alla civilistica romana, come in particolare le riforme del dopo guerra [36], il progetto italo–francese delle obbligazioni [37], le prime commissioni per la riforma dei codici [38], che fanno tutte capo

---

Sapienza", 2008, ristampata dall'edizione del 1935. Sul periodo considerato cfr. anche *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, RomaTrE-Press, 2015.

[33] Mi riferisco in particolare ai noti lavori di Irti su Filomusi Guelfi, di Grossi su Simoncelli e Polacco, di G.B. Ferri su Vassalli, di Alpa su Messina e Maroi.

[34] Sulla civilistica italiana del periodo: N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, UTET, 1990; ID., *Scuole*, cit.; ID., *Occasioni novecentesche. Sul cammino del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, Laterza, 2000; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

[35] Purtroppo gli strumenti per la nostra ricostruzione sono esigui, dato che i verbali della Facoltà di Giurisprudenza, pubblicati fino al 1900 (M.C. DE RIGO, *I processi verbali*, cit.), esistono solo fino al 1905 (*Facoltà di Giurisprudenza. Verbali del Consiglio di Facoltà dal 30 giugno 1886 al 16 luglio 1901*; *Facoltà di Giurisprudenza. Verbali del Consiglio di Facoltà dal 31 ottobre 1901 al 13 luglio 1905*), mentre risultano dispersi fino al 1917, data a partire dalla quale sono conservati presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma. Oltre alle voci riportate, salvo poche lacune, nel *Dizionario biografico degli italiani* e nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, di particolare ausilio si presentano l'Archivio Centrale dello Stato (ACS), per i fascicoli del fondo della Pubblica Istruzione contenenti la ricostruzione delle carriere dei professori, gli incarichi ottenuti e l'Archivio storico della Sapienza Università di Roma (ASUR), dove, tra i fascicoli del personale docente, è possibile ricostruire le fasi delle chiamate, i corsi espletati, gli argomenti trattati a lezione, in un crocevia complesso in cui emergono figure note, meno note ma non meno significative, sviluppi e intrecci di scuole.

[36] Cfr. ora L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 7 (2016), 349-367.

[37] *Il Progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milano, Giuffrè, 2006.

[38] Cr. R. BONINI, *I romanisti e il I libro del Codice civile del 1942*, in *Archivio giuridico*, 187 (1974), 59-144, poi in ID., *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna, Pàtron Editore, 1993^3, 137 ss.; ID., *Disegno storico del diritto privato italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna, Pàtron Editore, 1996^3, 39 ss.

all'opera di Vittorio Scialoja e che aprono una feconda linea di impegno scientifico con importanti ricadute sullo sviluppo dei relativi settori di ricerca.

Il fenomeno coincide con quello più generale che vede modificarsi, a partire dalla grande guerra, in Italia come in altri Paesi europei, la posizione dei giuristi, soprattutto dei professori di diritto, che sono sempre più partecipi della vita pubblica con una chiara volontà di intervenire direttamente nei processi decisionali [39]. È stato definito «le moment 1900» quel periodo dominato in Francia da alcune figure di professori che invitano a un nuovo approccio al diritto, in grado di rispondere alle mutate situazioni politiche sociali ed economiche. Si sviluppa, così, la figura del professore–tecnico che rivendica l'importanza delle facoltà giuridiche e della scienza del diritto anche per ricoprire uno spazio istituzionale [40]. Una situazione affine, per svariati aspetti, a quella romana che ci accingiamo ad analizzare.

Quanto agli insegnamenti impartiti, mi riferisco alle Istituzioni di diritto civile (poi Istituzioni di diritto privato italiano) e al Diritto civile. Con l'applicazione del ricordato decreto del 1885 da parte di Schupfer e con il decorrere del tempo il volto della didattica cambia rapidamente, ma la manualistica e i corsi specifici fanno fatica ad adeguarsi a mutamenti importanti che comportano anche un rinnovamento nell'impostazione degli studi e soprattutto nelle scelte scientifiche effettuate. A partire dalla fine degli anni settanta e per una decina d'anni il Diritto civile e il Codice civile, nella Facoltà della capitale del Regno d'Italia, sono insegnati soltanto da Pacifici Mazzoni, mentre Filomusi Guelfi si concentra sulla Filosofia del diritto, sull'Enciclopedia ed elementi filosofici del diritto e sull'Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche. I due giuristi, attraverso le loro opere e il loro insegnamento, riescono a travalicare le chiusure del mondo pontificio negli anni a cavallo dell'unificazione [41].

Soltanto dopo la riforma, e con la scomparsa di Pacifici Mazzoni, la storia dell'insegnamento del diritto civile comincia a modificarsi. Anche a Roma, come a Parigi, i corsi di Storia del diritto e di Diritto civile ampliano i loro orizzonti. La Storia rivendica la propria autonomia con la distinzione tra la storia del diritto romano e la storia del diritto italiano che trovano terreni demarcati e fecondi [42]. Il Diritto civile è preceduto da un corso di Introduzione alle scienze giuridiche che riguarda tutta la scienza del diritto [43] e dalle Istituzioni di diritto civile, intese nel senso

---

[39] Cfr. J.-L. HALPERIN, *À partir de l'exemple des* Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques *de Lévy-Ullmann (1917), le raidissement de la doctrine civiliste française*, in *Les Facultés des droit et la Grande Guerre*, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique du monde des juristes et du livre juridique*, cit., 31-43, che pone in questo periodo l'allontanamento dalla scienza giuridica tedesca e il rafforzamento degli interessi della dottrina francese su tematiche di libertà e di giustizia.

[40] Cfr. *Le «moment 1900»*, cit., 59-66.

[41] M.R. DI SIMONE, *Gli studi giuridici all'Università di Roma nella transizione tra Stato pontificio e Regno d'Italia*, cit.

[42] *Bollettino Ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione*, 11 (1885), 1077, sui cui si veda L. MOSCATI, *Francesco Schupfer*, cit., 152-153.

[43] È stato insegnato alcuni decenni prima da Pietro Luigi Albini. Cfr. S. TORRE, *L'"Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche": parabola di un insegnamento*, in *Università e professioni giuridiche*, cit., 153-192. Sulla figu-

di istituzioni del diritto codificato. La sua ampiezza comporta la necessità di nozioni fondamentali preliminari [44] che consentono ai professori, di fronte a una platea di studenti maggiormente preparata, di impartire anche corsi monografici, soprattutto attraverso l'approfondimento di singoli istituti.

Esemplificativi in tal senso i corsi di Filomusi Guelfi che, pur continuando a insegnare la Filosofia del diritto [45], amplia la sua sfera didattica con l'Introduzione alle scienze giuridiche ed istituzioni di diritto civile [46], come prevedeva il decreto del 1885, e con il Diritto civile [47].

Dalle lezioni emerge che il primo corso riguarda tutta la scienza del diritto, con la trattazione di concetti generali, come era stato concepito dal suo fondatore Albini. Le Istituzioni di diritto civile, come parte speciale, sono, invece, intese nel senso di istituzioni del diritto codificato, perché il corso di Diritto civile italiano, che consisteva nella trattazione del Codice civile, era troppo ampio e aveva bisogno di essere preparato dalle nozioni fondamentali [48].

Nei corsi di Diritto civile, infine, Filomusi privilegia la trattazione di alcuni istituti giuridici e della loro formazione. Interessante in tal senso è quello sulle obbligazioni [49] che da allora, come vedremo, diventa uno degli argomenti maggiormente esposti, forse a seguito della divulgazione all'inizio del secolo dell'opera di Dernburg sulle obbligazioni, che viene stampata con prefazione di Scialoja [50], e poco più tardi di quella di Crome da parte di Ascoli [51], che offrono una visione delle due grandi scuole sulla materia. Nel corso del 1903-1904, dopo una parte teorica sulla definizione di obbligazione in cui Filomusi Guelfi discute le carenze definitorie del codice fran-

---

ra di Albini che per primo impartì il corso all'Università di Torino, ricostruita attraverso lo studio delle sue carte e sui suoi rapporti con la scienza giuridica tedesca, cfr. L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, Carucci, 1984, 169-180.

[44] Si noti che nel lavoro della commissione, di cui Schupfer era relatore (*Sul riordinamento*, cit., 5-6) si prevedono i corsi di Introduzione alle scienze giuridiche e di Elementi della filosofia del diritto; le Istituzioni di diritto civile; il Diritto civile, come insegnamenti obbligatori. Rispetto al passato l'Introduzione alle scienze giuridiche risulta staccata dalla storia del diritto e congiunta alla filosofia, come in alcune università. Il nuovo corso di Istituzioni di diritto civile è prodromico al corso di Diritto civile (biennale), come le Istituzioni di diritto romano lo sono al corso di Pandette.

[45] Poi raccolte in F. FILOMUSI GUELFI, *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, a cura di G. Del Vecchio, Milano, Giuffrè, 1949.

[46] *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile, dalle lezioni del prof. F. Filomusi Guelfi*, compilazione di G. Grisostomi, Roma, L. Laudi, 1897[4].

[47] R. Decreto 22 ottobre 1885, n. 3444, art. 1.

[48] Alcuni libretti delle lezioni di diritto civile tra il 1908 e il 1918, anno in cui Filomusi lascia l'insegnamento, sono conservati in ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 115.

[49] F. FILOMUSI GUELFI, *Le obbligazioni (Parte generale)*, lezioni redatte da G. Pulvirenti, a.a. 1903-1904, Roma, Libreria M. Castellani, 1908[2]. Si noti che lo stesso Pulvirenti aveva redatto il corso sulle obbligazioni di Scialoja nel 1902-1903.

[50] H. DERNBURG, *Pandette 2. Diritto delle obbligazioni*, prima traduzione dal tedesco sulla 6. ed. di F.B. Cicala, con prefazione di V. Scialoja e G.P. Chironi, Torino, Fratelli Bocca, 1903.

[51] C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, traduzione con note di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano, Società editrice libraria, 1908.

cese e sull'approfondimento del ruolo della giurisprudenza, ampio spazio è dato all'inadempimento delle obbligazioni.

Fino alla fine del secolo e ancora per alcuni anni, l'insegnamento e l'opera di Filomusi Guelfi dominano il diritto civile romano con una breve presenza di Enrico Cimbali tra il 1881 e il 1886 come titolare di un corso libero con effetti legali [52], aperto dalla ben nota prolusione [53]. Nelle lezioni egli si sofferma sulle obbligazioni e in particolare su quegli aspetti che minavano maggiormente la stabilità del Codice, sugli effetti delle obbligazioni riguardo alle parti e ai terzi e sulla loro estinzione [54].

Inoltre, a Filomusi cominciano ad affiancarsi alcuni professori che poi prenderanno altri insegnamenti, come Enrico Galluppi [55], e taluni liberi docenti, come Cesare Facelli e soprattutto Dante Caporali, allievo di Scialoja. Entrambi, romanisti–civilisti di formazione, avevano chiesto e ottenuto la libera docenza in Diritto civile nel 1886 [56].

Dall'inizio del XX secolo, infatti, con l'aumento del numero delle materie afferenti al diritto civile, cominciano a impartire alcuni corsi anche i liberi docenti alcuni dei quali, forse ingiustamente dimenticati, svilupperanno un lungo e fruttuoso rapporto con la Facoltà e con i titolari dei corsi [57]. Tali studiosi si impegnano all'inizio soprattutto nella redazione dei corsi dettati e da loro compilati [58], e progressivamente si rendono autonomi dalla dettatura. Questa nuova organizzazione della didattica consentirà a Filomusi di sviluppare il corso avanzato di Diritto civile e di riorganizzarlo in corsi monografici sempre con l'aiuto dei collaboratori [59], alcuni dei quali fino ad allora avevano aiutato per il Diritto romano Scialoja [60], come Pulvirenti e Carrara, o si erano

---

[52] M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., 191.

[53] E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni: prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881*, Roma, Fratelli Bocca, 1881, riedita e commentata da G. Ferri, *Gli studi privatistici*, cit. Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., 13 ss.; S. Solimano, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., 540-543.

[54] ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 444.

[55] Dal 1897 titolare della cattedra di Procedura civile.

[56] M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., rispettivamente 347-348; 364-365.

[57] Dante Caporali, ad esempio, comincia a insegnare il Diritto civile nel 1886, anno successivo alla promulgazione del decreto e lo stesso in cui ottiene la libera docenza in Diritto civile: M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., 361; ACS, MPI, *Dir. Gen. Istr. Sup.*, *Liberi docenti*, *II serie 1910-1930*, busta 70; ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 1937. Così anche altri incaricati, come Melucci, Tempia, etc.

[58] Oltre a quelli di Filomusi, ancora il corso di Ascoli risulta dettato: *Istituzioni di diritto civile. Corso dettato nella Regia Università di Roma*, Napoli, Perrella, 1922.

[59] Si veda, ad esempio, F. Filomusi Guelfi, *Trattato delle obbligazioni*, lezioni raccolte da G. Grisostomi e da G. De Castellotti, Roma, Laudi, 1893; Id., *Diritto civile. Diritti reali, dalle lezioni del prof. F. Filomusi Guelfi*, compilazione di G. Grisostomi, Roma, Laudi, 1898; Id., *Diritto civile. Successioni testamentarie, dalle lezioni del prof. F. Filomusi Guelfi*, compilazione di G. Grisostomi, Roma, Laudi, 1900; Id., Le *obbligazioni (Parte generale)*, lezioni redatte da G. Pulvirenti, a.a. 1903-1904, 2° ed., Roma, Sampaolesi, 1908.

[60] V. Scialoja, *Diritto ereditario romano*, lezioni stenografate e compilate dal dott. G. Pulvirenti, Roma, Audisio, 1905; Id., *Diritto romano: la proprietà, anno 1907-1908*, lezioni redatte da G. Carrara e L. Gaddi, Roma, Martoriati, 1908. È stato di recente sostenuto che quasi tutti i libri di Scialoja sono stati «redatti per iscritto» da altri: F. Cipriani, *Scritti in onore dei* Patres, Milano, Giuffrè, 2006, 60-61, nota 119.

laureati con lui, come Caporali [61], che presenta nella sua formazione forti legami con il mondo tedesco [62].

Testimonianza di ciò si trova anche nelle richieste e proposte di riforma del periodo che vedono impegnati Scialoja e Filomusi per le materie istituzionali di diritto romano e di diritto civile da inserire tra gli insegnamenti comuni, mentre il Diritto romano e il Diritto civile sono posticipati in un secondo gruppo che deve necessariamente seguire il primo per ragioni didattiche [63].

Vale la pena di ricordare anche alcuni altri fattori, che potrebbero sembrare estranei allo sviluppo degli studi giuridici romani del primo Novecento e che avranno, invece, una specifica influenza. Si tratta dell'ampliamento delle funzioni dell'"Associazione universitaria romana", creata nel 1896, che diventa l'editore privilegiato dei corsi universitari e a cui si appoggiano sempre più i giuristi, a partire da Scialoja, e dell'utilizzazione della "Nuova collezione di opere giuridiche", attiva casa editrice torinese, sostegno di molte e importanti opere romane e dell'"Anonima romana editoriale", dai vari interessi anche giuridici con la collana *Ius* che aveva accolto vari scritti romanistici [64].

Mi riferisco anche al premio della Fondazione Corsi e al legato contenuto nel testamento di Nicola Corsi che nel 1856 lascia una forte somma in denaro per una serie di iniziative, tra cui l'assegnazione di premi e borse di studio a giovani valenti della Sapienza [65]. Nel 1882 la Facoltà di Giurisprudenza approva un regolamento specifico che prevede un controllo serrato delle modalità di attribuzione da parte del corpo docente della Facoltà [66], che rende il Premio Corsi un ambìto e complesso sistema di reclutamento dei migliori ingegni del tempo. Quasi tutti i laureati del periodo che avrebbero in seguito ricoperto posizioni di rilievo hanno ottenuto il premio.

A partire dagli anni dieci, comincia a prendere vita il disegno di Scialoja che prevede, oltre a uno sviluppo della civilistica romana, anche una sua affermazione nel panorama nazionale, con una conseguente attrattività della chiamata alla Sapienza. In questa fase, e ancora di più successivamente, si sviluppa anche quel forte intreccio, prima ricordato, tra i giuristi e le istituzioni, su

---

[61] Si tratta in particolare di Dante Caporali che si era laureato a Siena (*Teoria della condizione risolutiva tacita nel diritto civile. Tesi di laurea dichiarata degna della stampa della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Siena*, Firenze, Tipografia della Gazzetta dei Tribunali, 1885).

[62] Caporali mostra di approfondire subito dopo la laurea la storiografia tedesca e aiuta Scialoja nella traduzione del Sistema di Savigny, come si legge nella prefazione del traduttore e come hanno sottolineato G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la «vertenza Scialoja»*, cit., 229, nota 54; F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei* Patres, cit., 61, nota 119. Caporali traduce anche le *Istituzioni di diritto romano*, per E. Hölder professore di diritto all'università di Erlangen. Tradotte in italiano col consenso dell'autore da Dante Caporali, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1887.

[63] *Relazione della Facoltà giuridica di Roma sulle proposte di riforma ai Regolamenti Universitari*, in *Facoltà di Giurisprudenza. Verbali del Consiglio di Facoltà dal 31 ottobre 1901 al 13 luglio 1905*: seduta del 2 maggio 1901. La commissione, presieduta da Filomusi, ripropone una relazione approvata nella seduta del 28 maggio 1888, su cui cfr. M.C. DE RIGO, *I processi verbali*, cit., 429 ss.

[64] R. BONINI, *I romanisti*, cit., 74.

[65] M.I. VENZO, *Congregazione degli Studi. La riforma dell'istruzione nello Stato pontificio (1816-1870). Inventario*, Roma, Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Direzione generale degli Archivi, 2009, 302.

[66] M.C. DE RIGO, *I processi verbali*, cit., 200-201.

questioni di grande instabilità per il Paese. Importanti risultano le chiamate di Simoncelli, Polacco, Ascoli, De Ruggiero, tutti legati a Vittorio Scialoja per ragioni di studio o di compresenza in precedenti sedi universitarie. A questo gruppo si sottrae solo Polacco che stabilisce, comunque, una collaborazione particolarmente felice con il Maestro. Il loro impegno per gli sviluppi della Facoltà e del Paese è evidente e trova le sue radici anche nella comune collaborazione alla Commissione per la riforma generale della legislazione di diritto privato nominata dal Guardasigilli Gallo nel 1906 alla quale furono chiamati tra gli altri Filomusi Guelfi, Scialoja, Simoncelli e Polacco [67].

Non potendo in questa sede procedere a una ricostruzione complessiva del pensiero di tali civilisti, mi limiterò ad alcuni cenni sulla loro opera di studiosi e di giuristi nelle istituzioni e sul loro contributo al potenziamento del diritto civile, attraverso il sostegno e l'impegno di Scialoja, per poi approfondire alcune tematiche in cui, come vedremo, sia i titolari dei corsi sia i liberi docenti hanno lasciato tracce significative.

È noto che Simoncelli, allievo di Gianturco a cui resta fortemente legato [68], ottenuta la libera docenza in Diritto civile nel 1887 con Scialoja in commissione, vince il concorso di Diritto civile nel 1891 [69] e insegna a Camerino e a Pavia. Viene comandato a Roma nel 1900 alla cattedra di Procedura civile [70], sotto la presidenza dello stesso Scialoja [71], e, appena liberato un posto, è chiamato alla stessa cattedra nel 1901 con una motivazione molto interessante redatta da Filomusi, il quale sottolinea con forza che Simoncelli si è particolarmente distinto nel diritto civile attraverso scritti importanti e originali: «Il prof. Filomusi–Guelfi, appoggiando la proposta del passaggio definitivo del prof. Simoncelli come ordinario in questa Università, esprime il parere che nella motivazione si facciano valere i meriti scientifici del prof. Simoncelli insistendo sul fatto che questo professore ha dato prova di doti eminenti come scrittore e

---

[67] Sulle finalità della riforma e sulla composizione della Commissione, cfr. E. BRUNI, *Socialismo e diritto privato*, Milano-Palermo-Napoli, Remo Sandron Editore, 1907, 299-307; E. CIMBALI, *Opere complete.* I, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione*, Torino, UTET, 1907, XXIII-XXXI. Si veda in particolare G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2014, 99-100; 115-118.

[68] A lui e a tutta la scuola napoletana, come dimostra il suo interessamento per la collocazione di Coviello appena vincitore di concorso: ACS, MPI, DGIS, *Fasc. Pers. Ins.*, II versamento, I serie, b. 139, lettera di Simoncelli a Gianturco, allora Ministro della Pubblica Istruzione, del 27.10.1896 e risposta del novembre 1896.

[69] Si noti che Polacco aveva appena criticato alcune posizioni prese da Simoncelli nella prolusione camerte (cfr. P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Polacco* versus *Simoncelli)*, in *Riv. dir. civ.*, 35 [1989], 197-224), che trova eco nel giudizio della Commissione, di cui faceva parte lo stesso Polacco: cfr. *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, n. 162, 13 luglio 1891, 2967-2968.

[70] Traccia del suo insegnamento della materia sono i suoi corsi litografati: *Lezioni di procedura civile* del prof. V. Simoncelli per cura di Ottorino Petroni, anno accademico 1900-1901.

[71] Si veda in particolare F. CIPRIANI, *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, in *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, a cura di V. Garofoli, Milano, Giuffrè, 2006, 39 ss.; ID., *Scritti in onore dei* Patres, cit., 76 ss; ID., *Giuseppe Chiovenda e la «Rivista italiana per le Scienze giuridiche» (ancora sul dissidio tra Scialoja e Chiovenda)*, in *Giusto processo civile*, 4 (2009), 1271 ss.; A. CARATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, 105 (2011), 103-134.

come insegnante nella Scienza del diritto civile»[72].

Sembra chiara la volontà di Filomusi di condividere il desiderio di Scialoja della presenza di un altro civilista, tanto che nel 1906 Simoncelli passa alla cattedra di Introduzione alle scienze giuridiche ed istituzioni di diritto civile con una lunga procedura, ricostruita grazie al materiale archivistico, causata dal problema dell'affinità delle materie in relazione al regolamento vigente[73].

Nel corso romano di Introduzione alle scienze giuridiche[74], molto apprezzato per l'approfondimento storico-sistematico degli istituti e per l'originale architettura[75], Simoncelli distingue due parti, l'una destinata a esporre i concetti fondamentali del diritto civile e delle scienze connesse, l'altra a creare un sostrato di conoscenze tale da riannodarsi al corso di diritto civile perché materia troppo vasta per potersi esaurire in due o tre anni, seguendo, quindi, strettamente gli intenti della riforma degli studi giuridici. È ben lieto, pertanto, che al corso di Filomusi Guelfi siano destinate le grandi linee di tutto il sistema giuridico, in modo tale da ridurre le nozioni preliminari e dedicare quasi interamente il corso alle istituzioni di diritto civile[76].

Singolare la vicenda della chiamata nel 1918 di Vittorio Polacco, che coincide con un momento di particolare difficoltà, ma che apre al contempo la via a importanti sviluppi, con l'incremento e la stabilizzazione delle materie civilistiche, attraverso un susseguirsi di trasferimenti di studiosi di indubbio valore. La scomparsa di Simoncelli[77] e il ritiro di Filomusi Guelfi[78] portano, infatti, l'urgenza di risolvere la precarietà della situazione, dato che entrambi gli insegnamenti di Istituzioni di diritto civile e di Diritto civile sono ricoperti per incarico da Dante Caporali[79].

Polacco, già all'Università di Padova, viene chiamato con unanime consenso alla cattedra di Diritto civile e l'anno seguente risulta anche ricoperta la cattedra di Istituzioni di diritto civile (poi Istituzioni di diritto privato italiano) con il trasferimento di Alfredo Ascoli, anch'egli romanista di formazione, dall'Università di Pavia[80], dove aveva fondato e diretto la *Rivista di di-*

---

[72] Interessanti al riguardo i verbali della Facoltà che riportano in modo scarno e asciutto la vicenda: *Facoltà di Giurisprudenza. Verbali del Consiglio di Facoltà dal 30 giugno 1886 al 16 luglio 1901*, seduta del 1 giugno 1901 e la relazione di Filomusi allegata al verbale.

[73] Cfr. F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei* Patres, cit., 67 ss. I documenti sono conservati in ACS, MPI, DGIS, *Fasc. Pers. Ins.*, II versamento, I serie, b. 139.

[74] V. SIMONCELLI, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile. Lezioni dettate nella R. Università di Roma nell'anno 1907-08*, compilate per cura del Dott. G. Folchieri, Roma, Cromo-tip. moderna, 1907.

[75] Cfr. G. ALPA, *La cultura*, cit., 189-190.

[76] Nell'ampliamento della sua opera manualistica *Istituzioni di diritto privato* (Roma 1914), inoltre, per non sacrificare le parti speciali, aveva limitato la costruzione delle categorie generali, presenti in un corso a Pavia, ma non in quello di Roma: V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato*, riveduta e aumentata da F. Vassalli, Roma, Athenaeum, 1921[3]. Vassalli senza toccare il testo aggiunge un capitolo sulla dottrina generale del negozio giuridico.

[77] Cfr. *Registro dei verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 21 novembre 1917. Sulla diversa concezione del diritto civile, della codificazione e dell'interpretazione che tocca nella fase iniziale delle loro carriere i due giuristi, cfr. P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi*, cit.

[78] Cfr. *Registro dei verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 6 luglio 1918.

[79] *Ibidem*, sedute del 12 gennaio e 21 febbraio 1918.

[80] *Ibidem*, seduta del 28 giugno 1919.

ritto civile[81]. I nuovi titolari sono sempre affiancati dai liberi docenti, alcuni dei quali, come Carrara, Caporali, Faggella, saranno tra i principali esponenti del periodo post–bellico, sia nelle iniziative di riforma, sia in alcuni campi di studio particolarmente fecondi.

Ma la scomparsa di Polacco nel 1926 e il conseguente passaggio di Ascoli alla cattedra di Diritto civile[82] riapre la necessità della copertura di cattedre civilistiche e porta alla chiamata sulle Istituzioni di diritto privato italiano di Roberto De Ruggiero[83], anch'egli legato a Scialoja che ne aveva agevolato il trasferimento prima a Napoli alle Istituzioni di diritto civile[84], nonostante la sua formazione romanistica, e poi a Roma sempre in una materia di diritto positivo.

Scialoja propone ancora una volta di potenziare il settore civilistico attraverso professori di ruolo, nonostante permanga e si incrementi l'impegno dei liberi docenti, con la richiesta, appoggiata da Ascoli, dello sdoppiamento del Diritto civile[85] che porta la Facoltà a creare una seconda cattedra. Presentano domanda Vassalli, Messina e Ferrara e, dopo che De Ruggiero rinuncia al passaggio di cattedra, la Facoltà è unanime nella chiamata sulla cattedra di Diritto civile di Filippo Vassalli. Risultano interessanti alcuni interventi durante la discussione, come quello di Bonfante che sottolinea l'ottima formazione romanistica di Vassalli, elemento che era stato fatto valere anche per le precedenti chiamate di Ascoli e De Ruggiero e come quello di Scialoja, che ricorda l'operato per la commissione dei codici[86]. In tal modo, si stabilizzano e si rafforzano le sorti degli insegnamenti civilistici alla Sapienza.

Dopo la guerra, scomparsi Filomusi Guelfi e Simoncelli, i civilisti ricordati, provenienti da importanti università della Penisola, a partire da Polacco svolgono un'importante attività per le istituzioni del Paese e per il rinnovamento del diritto civile. Tale impegno si sviluppa al fianco di Scialoja nelle commissioni di riforma ed è collegato a interessi scientifici dettati dalle contingenti e rapide trasformazioni sociali dovute alla guerra, come risulta dalle loro prolusioni, che hanno ad oggetto i principali problemi posti a seguito del conflitto[87], una nuova impostazione del rapporto tra diritto pubblico e privato, tra codice e leggi speciali[88], l'incombente necessità della revisione dei dogmi, non più in sintonia con le radicali trasformazioni della realtà giuridica aperta alle esigenze sociali[89], un impegno dei giuristi che, a partire dalle celebrazioni del *Code*

---

[81] Cfr. G. FURGIUELE, *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16 (1987), 519-630.

[82] ACS, MPI, DGIS, *Fasc. Pers. Ins.*, II versamento, II serie, b. 6.

[83] Cfr. *Registro dei verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 21 giugno 1926.

[84] Come evidenzia A. DE NITTO, in *Dizionario biografico degli italiani*, 39 (1991), *s.v.*

[85] *Registro dei verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 24 aprile 1929.

[86] *Ibidem*, seduta del 25 giugno 1930. Il verbale della seduta è trascritto da M. STELLA RICHTER, *Filippo Vassalli preside e la chiamata di Tullio Ascarelli alla Facoltà giuridica romana*, in *Riv. dir. comm.*, 3 (2010), 694-695.

[87] A. ASCOLI, *I trattati di Versailles e di St. Germain e i principi del diritto civile*, Milano, Società Editrice Libraria, 1920.

[88] F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in ID., *Studi giuridici*, II, cit., 337-363.

[89] R. DE RUGGIERO, *I dogmi del diritto privato e la loro revisione*, in *Archivio giuridico*, 97 (1927), 133-153.

Napoléon e dal conseguente accentuarsi della volontà di adeguamento dei codici ai mutamenti sociali, rivolgono lo sguardo anche e soprattutto verso la Francia [90]. In particolare, la partecipazione ai lavori delle commissioni di revisione dei codici, la legislazione di guerra, il rinnovamento degli studi in materia di obbligazioni, l'insegnamento e l'impostazione comparatistica del diritto privato trovano fecondi sviluppi nella civilistica romana del periodo esaminato. Sul contributo dei giuristi del periodo post bellico, sulle nuove tendenze della manualistica e della produzione scientifica mi soffermo nella trattazione seguente.

3. – È noto che le questioni relative alla legislazione di guerra e alla sua produzione alluvionale [91] hanno attratto l'attenzione di numerosi giuristi italiani [92] e che sono anche al centro della riflessione dei principali civilisti romani, sia dal punto di vista teorico che di politica legislativa, anche nella loro funzione di esperti a sostegno dell'opera del legislatore [93]. Mi riferisco in particolare ai lavori di Ascoli [94], Polacco [95], De Ruggiero [96] e Vassalli [97] che, prima di essere chiamati

---

[90] V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente. Prolusione al corso di Diritto civile nella R. Università di Roma, letta il 17 dicembre 1918*, in ID., *Opere minori*, II, *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, Modena, Università degli studi di Modena, 1929, 1-19. Ora riedita e commentata da G. FERRI, *Gli studi privatistici e la facoltà giuridica romana tra XIX e XX* secolo, in *La Facoltà giuridica romana in età liberale*, cit., 293 ss. Sull'importanza della prolusione romana nella ricostruzione del più generale pensiero di Polacco, cfr. P. GROSSI, *Nobiltà del diritto: profili di giuristi*, I, Milano, Giuffrè, 2008, 131-188.

[91] Si segnala in particolare l'attenzione della dottrina francese in relazione alle rievocazioni giuridiche nelle manifestazioni per il centenario della prima guerra mondiale: si veda il colloquio *"La Grande Guerre et son droit", 23-24 Juin 2016, Université Jean Moulin Lyon III, Faculté de Droit* e soprattutto C. FILLON, *De la chaire aux canons, les engagements des enseignants des Facultés de droits pendant la Grande Guerre*, in *Les Facultés de droit et la Grande Guerre*, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique du monde des juristes et du livre juridique*, cit., 11-30. L'intero volume è dedicato ai problemi giuridici provocati dalla prima guerra mondiale.

[92] Si tratta di una tematica che impegna la civilistica dell'epoca: si vedano in particolare i lavori di G. SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti in materie di diritto privato emessi in occasione della guerra*, in *Riv. dir. comm.*, 13 (1915), 773-797; 877-918; B. BELOTTI, *Sulla legislazione commerciale della guerra. Le difficoltà di una legislazione privata di guerra*, *ibidem*, 571-586; P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, *con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1917², su cui cfr. R. BRACCIA, *La legislazione della grande guerra e il diritto privato*, in *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, Giappichelli, 2012, 187-215; F. FERRARA, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in *Riv. dir. comm.*, 16 (1918), 682-714; M. ROTONDI, *Una legislazione di guerra (1915-1924)* (1926), poi in ID., *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e dottrina*, Padova, CEDAM, 1964, 102-177. Per l'inquadramento della scienza giuridica attenta ai problemi sollevati, si vedano P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 130-134; ID., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 229-232; G. ALPA, *La cultura*, cit., 252-259.

[93] Su cui cfr. ora L. MOSCATI, *La legislazione di guerra*, cit.

[94] Mi riferisco soprattutto ad alcuni studi apparsi nella *Rivista di diritto civile* in cui Ascoli tiene una rubrica fissa nel periodo della guerra. Si vedano in particolare: *Nota su legislazione civile di guerra in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*, 7 (1915), 234-239; *Leggi e decreti. Provvedimenti per la guerra*, *ibidem*, 653-668*; Per il sequestro dei beni dei nemici*, *ibidem*, 796-804; *I provvedimenti per dopo la guerra*, *ibidem*, 9 (1917), 579-595; *Sul progetto per il risarcimento dei danni di guerra*, *ibidem*, 10 (1918), 502-506; *Il recente decreto sul risarcimento dei danni di guerra*, *ibidem*, 559-572.

[95] Si veda soprattutto V. POLACCO, *La scuola*, cit., su cui cfr. P. GROSSI, *Nobiltà del diritto*, cit.

alla Sapienza, avevano già stretti vincoli con l'ambiente e in particolare con Scialoja [98]. Meno noti, anche se di notevole interesse per le soluzioni offerte e per le prospettive comparatistiche utilizzate, sono i contributi di alcuni dei liberi docenti di diritto civile ricordati, Giovanni Carrara [99], Gabriele Faggella [100], Renato Cerciello [101].

Agli scritti dei giuristi più celebri, che in linea generale tendono a vedere in modo critico l'operato del legislatore italiano e a sottolineare i rischi delle trasformazioni del diritto privato a seguito della legislazione bellica [102] o a individuare in essa una sorta di continuità con le forme di protezione già attuate dalla fine del XIX secolo anche se intensificate dalla guerra [103], vanno aggiunti quelli dei giuristi meno noti che abbiamo menzionato, che privilegiano il rinnovamento del diritto privato anche per superare l'eccessiva rigidità del Codice. Essi evidenziano che la legislazione ha dato spazio a esigenze che non trovano più risposta nel Codice civile e ha introdotto disposizioni che possono costituire la base di riforme ispirate al «grande principio di giustizia e di equità» [104]. In particolare, essi considerano lo *ius belli* non solo un diritto transitorio antago-

---

[96] Si tratta in particolare di una conferenza tenuta al Circolo giuridico e poi pubblicata: R. DE RUGGIERO, *Leggi di guerra nel diritto privato italiano*, in *Diritto e giurisprudenza*, 31 (1916), 171-196.

[97] Tra gli scritti di Vassalli sull'argomento, mi riferisco soprattutto alla prolusione genovese: F. VASSALLI, *Della legislazione*, cit.

[98] Scialoja oltre a presiedere, come vedremo, la Commissione per il dopo guerra, pubblica i seguenti lavori: V. SCIALOJA, *I problemi del dopo-guerra*, Roma, Athenaeum, 1918; ID., *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna, Zanichelli, 1918.

[99] G. CARRARA, *La legislazione economico-sociale provocata dalla guerra*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 66 (1914), 139-148; ID., *La riparazione dei danni di guerra*, Roma, Tipografia dell'Unione Editrice, 1917; ID., *L'intervento dello Stato nei contratti di locazione delle case*, Roma, Tipografia dell'Unione Editrice, 1919; ID., *La legislazione di guerra e il sistema del diritto privato*, Roma, Tipografia dell'Unione Editrice, 1920. Su Carrara, libero docente di Diritto civile alla Sapienza, prima di diventare ordinario di Diritto agrario a Modena e di dirigere l'Ufficio giuridico e di legislazione agraria dell'Istituto internazionale di agricoltura, cfr. S. DEPLANO, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., 466-467 e soprattutto ACS, MPI, DGIS, *Liberi docenti*, *II serie 1910-1930*, busta 75; ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 8076.

[100] G. FAGGELLA, *La legislazione di guerra e il diritto comune preesistente. Inaugurazione dell'anno giudiziario 1918*, Trani, Paganelli,1918. Si veda anche ID., *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente e alle future riforme*, in *Rivista di diritto pubblico*, 5 (1918), 345-396. Anche Faggella è libero docente di diritto civile, ma segue la carriera della magistratura fino alla presidenza della Cassazione di Napoli: cfr. C. BERSANI, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 44, Roma, 1994, 149-153 e in particolare ACS, MPI, DGIS, *Liberi docenti*, *II serie 1910-1930*, busta 128; ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 4809.

[101] R. CERCIELLO, *L'ammissibilità dei decreti legge nel diritto positivo postbellico*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 13 (1921), 456-496; ID., *La questione dei decreti-legge*, in *Giur. it.*, 74 (1922), 113-138; ID., *Il metodo nella riforma dei codici, con particolare riguardo al Codice civile*, Roma, Libreria di scienze e lettere, 1923; ID., *La discussione del Senato sul disegno relativo ai decreti legge*, in *Archivio giuridico*, 91 (1924), 221-241; ID., *Il diritto comune di guerra nei più recenti studi*, Tivoli, Mantero, 1933 che trae spunto dal volume di P. DI VICO, *Diritto penale comune di guerra*, Roma, Libreria di scienze e lettere, 1932. Libero docente di Istituzioni di diritto civile, a fine carriera dirige l'Ufficio Studi legislativi del Senato: ACS, MPI, DGIS, *Liberi docenti*, *II serie 1910-1930*, busta 81; ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 5687.

[102] Mi riferisco in particolare alle riflessioni di R. DE RUGGIERO, *Leggi di guerra*, cit.

[103] F. VASSALLI, *Della legislazione*, cit., 341-342.

[104] G. FAGGELLA, *La legislazione*, cit., 42.

nista di quello preesistente, ma anche una base per costruire riforme future [105].

Nella miriade di norme emanate, Vassalli e De Ruggiero individuano, invece, principi nuovi introdotti «con travolgente audacia» nell'ordinamento [106] e sottolineano che il Governo ha fatto un uso eccessivo dello strumento della delegazione legislativa [107], legiferando talvolta in maniera non «commendevole» su ogni materia privata e pubblica [108]. Il fenomeno è visto come una deformazione del sistema e un pericolo per il futuro delle pubbliche libertà [109] se paragonato all'operato di altri Stati europei che, invece, si sono mostrati gelosi di queste libertà e non hanno «rese atrofiche le funzioni degli organi che secondo la costituzione son deputati a creare il diritto» [110].

I civilisti romani più noti pongono l'accento sul fatto che si tratta di un corpo di leggi che sostituisce gran parte dell'ordinamento esistente dandogli un assetto nuovo e soprattutto che la guerra ha determinato l'intervento dello Stato in vasti settori del diritto privato, con provvedimenti di carattere provvisorio che possono avere conseguenze durature perché rispondono a esigenze emerse da tempo. Essi individuano in ciò la più grande crisi che abbia attraversato il diritto privato, con una cresciuta e assorbente ingerenza dello Stato che si manifesta attraverso forme di protezione sociale [111] e indagano il fenomeno nella sua complessità, sia che gli ordinamenti siano destinati a restare in vigore, sia ad essere eliminati.

D'altronde, la prolusione genovese di Vassalli, qui esaminata per gli aspetti specificamente legati al nuovo rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'emergenza bellica, già conteneva, come è noto, anche quel «messaggio scientifico» relativo all'idea di extrastatualità del diritto civile, che sarà ripreso e ampliato nella prolusione romana e poi nel famoso saggio del 1951, nonché quella visione della codificazione e del suo significato che discende dalla Scuola storica, impregnata però del realismo dell'esperienza [112].

Alcuni dei liberi docenti giustificano l'intervento del Governo con la temporaneità dei provvedimenti destinati alla necessaria intensificazione della produzione e sottolineano l'introduzione di elementi pubblicistici nella proprietà privata ai fini delle esigenze della collettivi-

---

[105] G. CARRARA, *La legislazione*, cit., 7.

[106] F. VASSALLI, *Della legislazione*, cit., 337.

[107] Sul fenomeno della delega legislativa anche in rapporto ai suoi precedenti si veda: G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana: 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, 269-284; e in particolare C. LATINI, *Governare l'emergenza: delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, 157-208. Si veda anche ora G. FRANCISCI, *Pieni poteri e legislazione di guerra*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4 (2014), 945-976.

[108] R. DE RUGGIERO, *Leggi di guerra*, cit., 173.

[109] Per le posizioni variegate della dottrina in relazione all'espansione dello Stato nella società cfr. ora M. CARAVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna, Il Mulino, 2016, 105-140.

[110] R. DE RUGGIERO, *Leggi di guerra*, cit., 173.

[111] Particolarmente significative le pagine di F. VASSALLI, *Della legislazione*, cit., 341-342.

[112] P. GROSSI, *Il disagio di un 'Legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)* (1997), in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, 293 ss.; G.B. FERRI, *Ricordo di Filippo Vassalli a cinquanta anni dalla scomparsa (2005)*, in ID., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2008, 63 ss. e in particolare ID., *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, CEDAM, 2002.

tà [113]. Analogamente, le leggi e i decreti che tendono a sviluppare la produzione agricola attraverso la creazione di casse di prestito per i commercianti e gli industriali colpiti dalla crisi, sono considerati temporanei e analizzati con un'attenta indagine storico–comparativa europea [114].

Tali giuristi ritengono che il problema giuridicamente più rilevante sia quello di verificare come i nuovi provvedimenti si possano conciliare con il Codice civile che deve perdere la sua rigidità per consentirne l'innesto in modo flessibile, senza stridenti contraddizioni [115]. E sostengono che, nel periodo successivo alla guerra, tutti i provvedimenti bellici debbano essere ripresi in esame per eliminare quelle disposizioni compatibili esclusivamente con lo stato di guerra e lasciare, disciplinate e perfezionate, quelle adatte al nostro ordinamento e alle esigenze dello stato sociale dopo la cessazione della guerra [116]. In linea generale, questi giuristi vogliono affidare sempre più al giudice la determinazione dei casi specifici in cui «moderare il rigore delle convenzioni nella loro fase di esecuzione con temperamento di equità» [117].

In sintesi, prevale nel pensiero dei civilisti romani meno studiati la «funzione sociale» e non individuale della proprietà sottolineata dalla dottrina francese all'inizio del secolo [118] e nel campo delle obbligazioni che, come vedremo, è da tutti considerato quello in cui l'intervento dello Stato è stato più incisivo e oggetto di una maggiore e più approfondita serie di provvedimenti [119], si evince fin da subito la volontà di assecondare i mutamenti profondi della società, vedendo nei decreti bellici la legittimazione delle sue aspirazioni e la formula giuridica per la disciplina di questi rapporti.

Gli istituti, pertanto, sono considerati congegni elastici che si devono adattare alle nuove situazioni, pur conservando ferma la loro struttura sostanziale. Carrara e Faggella, in particolare, trovano testimonianza di ciò nella materia dei contratti agrari, in cui il legislatore è intervenuto «violentemente» a vantaggio dei coltivatori [120]. Si tratta di un terreno in cui le modifiche introdotte sono ampie e incisive, destinate a «compiere una funzione sociale a vantaggio della collettività» [121]. Una legislazione che, finito il conflitto che l'ha generata, può far emergere alcuni principi «di giustizia ed equità sociale» che ne sono a fondamento [122].

In particolare, il decreto del 27 maggio 1915 n. 739 richiama, come è noto, l'attenzione dei giuristi e di quelli romani in particolare. Esso prevede che la guerra debba considerarsi come caso di forza maggiore, non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la

---

[113] G. CARRARA, *La legislazione*, cit., 18.

[114] *Ibidem*, 145 ss.

[115] G. CARRARA, *La legislazione*, cit., 18.

[116] G. FAGGELLA, *La legislazione*, cit., 62.

[117] *Ibidem*, 47.

[118] G. CARRARA, *La legislazione*, cit., 5.

[119] Se ne occupano in particolare: De Ruggiero, Vassalli, Carrara, Faggella nei lavori citati.

[120] G. FAGGELLA, *La legislazione*, cit., 37; si veda anche G. CARRARA, *La legislazione*, cit., 12 ss. e ID., *Étude sur la législation agricole mondiale de 1914*, Rome, Institut international d'agriculture, 1915.

[121] G. FAGGELLA, *La legislazione*, cit., 39.

[122] *Ibidem*, 45.

renda eccessivamente onerosa. Nel commentare tale decreto, De Ruggiero preferisce rimarcare la presenza di un'involontaria contraddizione nel dettato normativo, quando circoscrive la tutela del debitore insolvente alle obbligazioni assunte prima dello scoppio della guerra, più che la sua potenziale innovatività. Inoltre, avendo il decreto equiparato l'eccessiva onerosità provocata dalla guerra all'impossibilità della prestazione, egli sottolinea che esso si limita ad esonerare il debitore dal risarcimento dei danni, mentre sarebbe stato più opportuno non intervenire su un argomento così delicato e lasciare spazio all'attività dei giudici [123].

Per passare alla fase successiva, nel 1917 Vittorio Scialoja, ministro senza portafoglio per la Propaganda di guerra, diventa protagonista della ricostruzione e viene chiamato a presiedere i lavori della Commissione Reale per il dopo guerra [124]. Collaborano con Scialoja, o come membri designati all'interno delle varie sezioni [125] o come esperti chiamati a redigere le proposte di modifica legislativa [126], numerosi professori della Facoltà romana, o chiamati di lì a poco. Quelli più attivi risultano Ascoli che, nella sezione delle *Riforme del diritto privato rese urgenti dalla guerra* sotto la presidenza di Bensa, elabora il progetto di legge *Dell'assenza e della presunzione di morte* [127], Faggella che predispone quello sulla *Tutela dei minorenni* [128] e Polacco a cui viene assegnata la presidenza della sezione quinta per la *Ricostituzione della ricchezza nazionale nelle provincie invase* [129].

Inoltre Scialoja conserva per sé la responsabilità della sezione relativa all'Unificazione del diritto delle obbligazioni fra gli Stati dell'Intesa e affida ancora ad Ascoli la preparazione del Disegno preliminare di una legge uniforme italo–francese sulle obbligazioni [130]. In questa, che sarà la grande impresa binazionale di rielaborazione del diritto delle obbligazioni, è coinvolta la maggior parte dei colleghi civilisti, da Simoncelli, scomparso subito dopo, a Polacco, da Ascoli a De Ruggiero, questi ultimi relatori di parte italiana, con funzioni diverse all'interno delle singole sezioni [131]. Ai lavori della Commissione Reale per il dopo guerra partecipa anche Filippo Vassalli, nell'ambito della sezione seconda, relativa alla Revisione della legislazione emanata durante la guerra in forza dei poteri straordinari [132], il cui operato è messo in luce nella prolusione genovese [133].

---

[123] R. DE RUGGIERO, *Leggi di guerra*, cit., 185-186.

[124] Istituita con decreto luogotenenziale del 16 settembre 1917 n. 1529. Cfr. BONINI, *I romanisti*, cit., 67 ss.

[125] Si tratta in particolare di Filomusi Guelfi, Polacco, Faggella, Anzillotti, Bonfante, Chiovenda, Vivante. Inoltre molti dei nominati ben presto saranno trasferiti a Roma, come Vassalli.

[126] Mi riferisco soprattutto ad Ascoli, De Ruggiero, Faggella, Polacco.

[127] Commissione Reale per il dopo guerra, *Studi e proposte della prima sottocommissione presieduta dal Sen. Vittorio Scialoja. Questioni giuridiche, amministrative e sociali. Giugno 1918-Giugno 1919*, Roma, Tipografia Artigianelli, 1920, 196-212; ACS, PCM, *Guerra europea 1915-1918*, busta 269.

[128] *Ibidem*, 213-229, busta 269.

[129] *Ibidem*, 67-153, busta 268 bis. Sui lavori dell'omologo comitato francese e dei suoi illustri componenti, cfr. ora N. FOULQUIER, *La mobilisation de la Faculté de droit, le comité national d'action pour la réparation intégrale des dommages causés par la guerre*, in *Les Facultés*, cit., 45-59.

[130] ACS, PCM, *Guerra europea 1915-1918*, 358-406, busta 269.

[131] *Il Progetto italo francese*, cit., 53-54.

[132] *Studi e proposte*, cit., 43-52; ACS, PCM, *Guerra europea 1915-1918*, busta 267.

Come ricordato, Scialoja mantiene la presidenza della nona sezione relativa all'unificazione del diritto delle obbligazioni fra gli Stati dell'Intesa [134]. Ancora una volta si rivolge ad Ascoli per la preparazione della *Relazione al Disegno preliminare di una legge uniforme sulle obbligazioni* relativa al titolo delle fonti delle obbligazioni [135]. Volendo «améliorer nos Codes sans les dénaturer» [136], le modifiche risultano coerenti con la tradizione, senza che venga messo in discussione l'impianto dei codici vigenti nei due paesi. Soffermandoci solo su questo disegno per analizzare l'operato del giurista più che la storia di un progetto ampiamente ricostruita [137] e ora ripresentata anche al pubblico francese [138], mi limito ad osservare che il testo del progetto di Ascoli sembra più vicino alle formulazioni dei codici italiano e francese vigenti e forse meno innovativo rispetto al testo definitivo del Codice italo–francese delle obbligazioni del 1927.

È interessante sottolineare anche che la legislazione di guerra apre o rafforza la via alla comparazione giuridica e segna un allontanamento dalla scienza tedesca. Nella ricerca della soluzione legislativa più idonea, il giurista volge lo sguardo a quelle trovate in altri Paesi, con particolare attenzione alla dottrina europea e soprattutto a quella francese, che ormai travalica il legame con il mondo tedesco [139], condizionato dalle stesse ragioni belliche. Esemplificative in tal senso sono le riflessioni di Faggella che mettono in luce la concezione dello Stato che si impone in Germania e che prevarica gli interessi dei singoli, rispetto a quella italiana maggiormente legata alle esigenze sociali [140]. Cerciello, nel trattare la riforma del Codice civile a seguito dell'unificazione legislativa con le nuove province, volge lo sguardo alle esperienze europee ed extraeuropee [141].

Allo stesso modo Ascoli considera la legislazione eccezionale di guerra inglese come la più appropriata, «non traviata né dal sentimentalismo del rispetto a tutti i costi ai diritti privati del cittadino nemico… né dalla smania di incrudelire anche inutilmente contro il nemico» [142]. E nella prolusione romana sulle disposizioni dei recenti trattati di guerra che toccano i diritti dei singoli nel rapporto con i principi generali del diritto civile [143], Ascoli utilizza un metodo di comparazione verticale o diacronica per sottolineare le modificazioni profonde apportate dalla guerra,

---

[133] F. VASSALLI, *Della legislazione*, cit., 337-338.

[134] *Il Progetto italo francese*, cit.; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., 85-95.

[135] ACS, PCM, *Guerra europea 1915-1918*, busta 269.

[136] Cfr. A. ASCOLI, *L'évolution du droit privé en Italie de 1869 à 1919*, in *Les transformations du droit dans les principaux Pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1923, 217.

[137] *Il Progetto italo francese*, cit.

[138] *Le Projet du Code des obligations franco-italien (1927). Il progetto del Codice delle obbligazioni franco-italiano 1927)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015.

[139] Sui rapporti con la Germania negli anni a cavallo del primo conflitto mondiale, cfr. G. CIANFEROTTI, *1914. Le università italiane e la Germania*, Bologna, Il Mulino, 2016.

[140] *Ibidem*, 50-51.

[141] R. CERCIELLO, *Il metodo*, cit.

[142] A. ASCOLI, *Nota su legislazione*, cit., 234.

[143] ID., *I trattati di Versailles*, cit.

anche rispetto ai trattati precedenti. Dopo le guerre napoleoniche, essi avevano come scopo quello di garantire una pace durevole, mentre dopo la prima guerra mondiale si pongono l'ulteriore obiettivo dell'attuazione della giustizia. Inoltre, alcuni problemi emersi dalla guerra, come la protezione delle minoranze o i regolamenti dei rapporti tra privati, trovano maggiore spazio rispetto ai trattati precedenti. A tutte queste necessità i trattati hanno cercato di rispondere con spirito di equità e di uguaglianza.

Vorrei, inoltre, sottolineare le critiche mosse nella prolusione romana [144] da Polacco, sulla scia della più significativa dottrina francese, nei confronti della Scuola storica, di cui ritiene che con ritardo siano stati individuati i difetti, e l'importanza da lui riconosciuta al diritto comparato, che soprattutto per le materie privatistiche andava crescendo in Europa e che avrebbe avuto un significativo sviluppo in Facoltà proprio negli anni appena successivi. Pur volendo inquadrare la materia nei principi generali su cui si fonda, Polacco sottolinea al contempo l'importanza e il ruolo della componente pratica della scienza civilistica, che deve essere rinnovata ispirandosi ai suoi intenti sociali come l'opera di Vivante ha mostrato per gli studi del diritto commerciale, che d'altronde hanno in sé il valore dell'immediatezza e quello dell'indifferenza ai confini territoriali.

Ritiene, inoltre, che l'epoca presente sia destinata all'attuazione di importanti riforme senza intenti rivoluzionari [145], soprattutto a seguito degli sconvolgimenti emersi dalla guerra, primo fra tutti il rinnovato rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, che la guerra ha fatto emergere e che diventa indispensabile per rendere più fluttuanti i confini tra i due campi. I limiti del codice sono emersi in tutta la loro forza e solo un maggiore potere discrezionale dato al giudice può reggere al mutare dei tempi e allo svolgersi degli eventi.

Si preoccupa anche del rapporto tra codice e leggi speciali, che lo stesso anno era stato uno degli aspetti più significativi della prolusione genovese di Filippo Vassalli [146], e soprattutto di quella che verrà definita la smobilitazione legislativa, e sottolinea che molte leggi sopravvivranno alla guerra perché necessarie, avendo soddisfatto le esigenze sociali ed economiche invocate da tempo dalla dottrina.

4. – L'impegno posto nel rinnovamento legislativo coincide con una stagione fertile di studi della civilistica romana. Mi riferisco in particolare a quelli sulle obbligazioni, con corsi specifici [147], traduzioni di opere straniere importanti [148], e un notevole incremento della produzione [149].

---

[144] V. POLACCO, *La scuola*, cit.

[145] Cfr. P. GROSSI, *Nobiltà del diritto*, cit., 131-188.

[146] F. VASSALLI, *Della legislazione*, cit.

[147] A partire dalle lezioni di Filomusi Guelfi sopra ricordate, cfr. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile. Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Napoli, L. Alvano, 1923; ID., *Contratti speciali. Lezioni di diritto civile tenute nell'Università di Roma nell'anno accademico 1933-34*, Messina, G. Principato, 1934, oltre alla parte relativa del suo manuale di *Istituzioni di diritto privato*, poi curata dal suo allievo Fulvio Maroi; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915, ID., *Delle obbligazioni (Parte generale). Del contratto di transazione. Lezioni tenute nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1920-1921*, Roma, Athenaeum, 1921.

Tra le evidenti ragioni, la spinta offerta dai lavori relativi al progetto italo–francese, su cui molti dei civilisti romani sono chiamati a intervenire e che ha avuto come animatore Scialoja, e da quelli della Commissione Reale per la riforma dei codici, sempre presieduta da Scialoja [150], con i colleghi romani ancora una volta chiamati a collaborare con lui [151].

A partire dagli anni dieci del Novecento nella scuola romana si cominciano a notare approfondimenti e novità specifiche negli studi sulle obbligazioni, in particolare sull'inadempimento, sulle promesse contrattuali, sui contratti preliminari e soprattutto sulla responsabilità precontrattuale. Faggella formula la teoria della responsabilità delle parti nel periodo delle trattative contrattuali [152], teoria che trova apprezzamento nella dottrina francese [153]. Come vedremo, egli si sofferma anche sui contratti preliminari e sulla formazione del contratto, materia che attrae anche altri esponenti della civilistica romana come Grisostomi e Carrara, tra i più significativi liberi docenti di diritto civile, oltre a una manualistica specifica.

È anche approfondito il tentativo di favorire un maggiore equilibrio delle prestazioni contrattuali. Nonostante l'impegno di una parte della dottrina italiana a partire dalla fine del XIX secolo [154], nel periodo della grande guerra è ancora viva la volontà di seguire le tesi tradizionali fedeli al principio *pacta sunt servanda*, secondo cui il contraente deve sopportare il peso delle condizioni del mercato, anche se modificate rispetto al momento in cui ha contratto l'obbligazione. Alcuni civilisti romani o tacciono o si limitano a considerare la contingenza bellica un'eccezione che

---

[148] Come in particolare quella di C. CROME, *Teorie fondamentali*, cit.

[149] Interessanti anche alcuni studi specifici: A. SACCHI, *Contratto: nozioni generali, storia e legislazione comparata, requisiti, effetti, interpretazione*, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1898; R. CERCIELLO, *I contratti liberatorii*, Napoli, Stabilimento tipografico G. Cozzolino, 1922; ID., *Appunti sulla lesione nei negozi giuridici: nota di giurisprudenza svizzera*, Roma, Edizioni dell'Istituto di studi legislativi, 1930; G. FAGGELLA, *Principi fondamentali del codice civile germanico in tema di rapporti obbligatori "ex contractu" comparati con altre legislazioni*, Roma, Società Editrice Laziale, 1901; ID., *Rafforzamento giuridico del vincolo contrattuale nel diritto civile germanico comparato: responsabilità nei contratti obbiettivamente invalidi*, Napoli, Tipografia G.M. Priore, 1905, oltre a quelli di Grisostomi, Faggella e Carrara su cui ci soffermeremo.

[150] Si veda in particolare R. BONINI, *Disegno storico*, cit., 49 ss; N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003, 23 ss.; S. CAPRIOLI, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008, 132 ss.

[151] Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, *Delega al Governo per emendamenti al codice civile e per la pubblicazione dei nuovi codici di procedura civile, di commercio, e per la marina mercantile. Lavori preparatori*, Roma, Tipografia del Senato, 1925, 400-401.

[152] G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, L. Pierro, 1906, 271 ss. (ed. separata Napoli, Stab. Tip.Luigi Pierro e figlio, 1906).

[153] M.R. SELEILLES, *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 6 (1907), 697-751.

[154] Sulle richieste di maggiore equilibrio nelle prestazioni contrattuali e sui tentativi di rinnovamento legislativo, cfr. ora G. ALPA, *Il contratto*, cit., 91-110; G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo. Atti dell'incontro di studio. Roma, 9 ottobre 2015*, a cura di F. Macario e N.M. Miletti, Roma, RomaTrE-Press, 2017, 151-168. Sulla posizione della scienza giuridica nei confronti delle trasformazioni sociali, cfr. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011, 143 ss.

non deve modificare il dettato codicistico [155]. In sostanza, la dottrina oscilla tra la posizione di coloro che non vogliono abbandonare il dettato del codice, come dimostra Polacco nella sua opera sulle obbligazioni, in cui segue la linea tradizionale [156], e quella di coloro che se ne allontanano, come De Ruggiero. Nella sua ricostruzione sistematica del diritto delle obbligazioni, egli sottolinea che il rinnovato interesse della dottrina e della giurisprudenza per la clausola *rebus sic stantibus* e per il principio sottostante merita considerazione e che, anche se assente dalla codificazione, questo «si deve considerare implicito nel nostro ordinamento, più che per virtù della tradizione…, in forza dei principi sommi dell'equità» [157].

Inoltre, nel lavoro di Leonardo Coviello sul contratto preliminare [158], che avrà una notevole influenza sulla civilistica romana, vi è uno specifico riferimento alla clausola *rebus sic stantibus*, alle legislazioni di area germanica che la prevedono, alla dottrina tedesca più significativa e al fatto che il nostro diritto si debba riferire ai principi generali. Egli esamina la clausola, non come prerogativa del contratto preliminare, ma come conseguenza dell'applicazione di «altri principii generali» perché, come vedremo, considera i contratti preliminari alla stregua degli altri contratti [159].

Grisostomi, nel suo volume sulle promesse di contrattare [160], su cui ci soffermeremo tra breve, ritiene che il principio possa operare come causa di estinzione dell'offerta nel caso di eventi improvvisi che siano sopravvenuti e richiama la giurisprudenza più avanzata che si era appena pronunciata in tal senso [161]. Infine Carrara, che scrive alcuni anni dopo un'opera generale sui contratti [162], dedica ampio spazio alla clausola e alle principali teorie tedesche della presupposizione, dello scopo e della buona fede, e alle italiane, tra cui quella di Osti da lui molto apprezzata. Dato che il codice non prevede una disposizione che sancisca il principio in via generale,

---

[155] Mi riferisco in particolare ad Ascoli (*Istituzioni di diritto civile. Corso dettato nella Regia Università di Roma*, Napoli-Genova-Città di Castello-Firenze, 1924, 155 ss.) e a Simoncelli (*Istituzioni di diritto privato*, cit., 276 ss).

[156] V. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., I, 365 ss. È interessante sottolineare che Polacco, proprio a seguito della legislazione di guerra, nella prolusione romana, riferendosi all'istituzione di commissioni speciali giudicanti per materie di diritto privato che secondo i dettami dell'equità danno al giudice un libero potere discrezionale, ritiene necessaria una permeabilità dei tre poteri senza la pretesa di una netta separazione (ID., *La scuola di diritto civile*, cit., 13-14).

[157] R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*. I. *Diritti di obbligazione, diritto ereditario*, Messina-Milano, G. Principato, [1933^6], 288.

[158] Cfr. L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da P.S. Mancini, III/III, Milano 1902, 139-141 (che rielabora un lavoro da poco apparso: ID., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1896). Sull'opera di Coviello e più in generale sulla civilistica che si occupa di tali problemi tra '800 e '900, cfr. M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realità'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, Giuffrè, 2007, 160 e ss.

[159] L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, cit., 141.

[160] G. GRISOSTOMI, *Le promesse di contrattare*, Frascati, Tipografia Tuscolana, 1903, 123-124.

[161] Mi riferisco alla nota di E. BARSANTI (*Il Foro italiano*, XXVI, 1901, pt. I, 737) che considera il principio, prima affermato timidamente e solo allora esplicitamente, su cui cfr. L. MOSCATI, *Crisi economiche e diritto dei contratti nel XIX secolo*, in *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. Alpa e E. Navarretta, Milano, Giuffrè, 2015, 41-57.

[162] G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915, 50-56.

Carrara sostiene che esso può trovare applicazione solo in virtù di una specifica pattuizione preventiva delle parti inserita nel contratto.

Per quanto attiene alle promesse contrattuali, il primo interesse manifestato dalla scuola romana agli inizi del Novecento si trova nel concorso per la libera docenza di Gaetano Grisostomi. Si tratta di una vicenda singolare che si può ricostruire dalle carte d'archivio, in mancanza di dati bio–bibliografici sul giurista [163]. Allievo di Filomusi Guelfi e collaboratore di alcune sue opere manualistiche di diritto civile [164], egli richiede nel 1902 la libera docenza in Diritto civile dopo aver vinto il premio Corsi. Grisostomi è sottoposto a un concorso duplice che prevede la redazione in un tempo determinato di una monografia su un tema da estrarre e una lezione orale.

La commissione è composta da Scialoja, presidente e allora preside della Facoltà, e da Filomusi Guelfi, Venezian, Simoncelli, Gianturco (poi sostituito da Vitali) e Semeraro [165]. È interessante notare che, tra i temi proposti dai membri della commissione, quello scelto, «Promesse di contrattare. Teoria generale. Diritto civile italiano. Diritto comparato», è indicato da Gianturco che aveva allora come stretto collaboratore Leonardo Coviello, a cui si deve pochi anni prima il ricordato e importante contributo nell'Enciclopedia giuridica sui *Contratti preliminari*. Coviello ritiene la sfera dei contratti preliminari «ampia quanto quella del contratto obbligatorio» [166]. Attraverso un'analisi storica e comparata egli contribuisce a diffondere in Italia le elaborazioni della dottrina tedesca sul *Vorvertrag* e lo studio dell'autonoma configurazione dei contratti preliminari (per cui preferisce utilizzare il plurale date le loro molteplici articolazioni) rispetto alle trattative e al contratto definitivo. Una parte considerevole è, infine, rivolta allo studio degli effetti dei contratti preliminari.

Va anche ricordato che Pietro Gabba aveva appena scritto un'opera sulle fasi iniziali dei contratti [167] che, insieme a quella di Coviello, ha avuto una decisiva influenza sugli studi della scuola romana in materia [168]. Rispetto a Gabba, che nel concetto di «promesse di contratto» [169] inserisce tutte le fasi contrattuali precedenti al contratto definitivo e a Coviello, che si occupa in generale dei contratti preliminari, Grisostomi dichiara nell'introduzione al lavoro che il suo intento è quello di approfondire specificamente la materia delle «promesse di contrattare». Il giurista sottolinea che la maggior parte della dottrina ha utilizzato tale locuzione in senso ampio comprendendo al suo interno anche i contratti preliminari. Diversamente Grisostomi ritiene che il concetto vada riferito solo a quegli atti preliminari rivolti alla conclusione di un contratto con i qua-

---

[163] ACS, MPI, DGIS, busta 165; ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 3370.

[164] F. FILOMUSI GUELFI, *Trattato delle obbligazioni*, cit.; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile, dalle lezioni del prof. F. Filomusi Guelfi*, compilazione di G. Grisostomi, IV ed., Roma, Laudi, 1897; ID., *Diritto civile. Diritti reali*, cit.; ID., *Diritto civile. Successioni testamentarie, dalle lezioni del prof. F. Filomusi Guelfi*, compilazione di G. Grisostomi, Roma, Loescher, 1900.

[165] Nominata dal Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione: ACS, MPI, DGIS, busta 165.

[166] L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, cit., 73.

[167] P. GABBA, *La contrattazione dei beni futuri*, Città di Castello, Tipografia S. Lapi, 1902.

[168] G. GRISOSTOMI, *Le promesse di contrattare*, cit., in particolare 2, 128, 147, 158.

[169] P. GABBA, *La contrattazione*, cit., 95.

li le parti si scambiano una promessa. Tali atti possono produrre effetti giuridici e si distinguono dai contratti preliminari essenzialmente per la loro natura unilaterale.

Nonostante l'indagine limitata dallo stesso tema concorsuale, il volume di Grisostomi risponde pienamente agli intenti comparativi richiesti, denota una vasta e solida cultura giuridica e sembra meritevole di una particolare considerazione. Infatti, nel lavoro viene fatto riferimento a molti degli autori più significativi della dottrina europea che avevano scritto in argomento, oltre a quelli ricordati, da Bonfante, Gianturco, Vivante, a Siegel, Windscheid, Ihering, Savigny, Puchta e Seleilles.

Nella relazione della Commissione [170] emerge il giudizio pienamente favorevole sull'opera di Grisostomi, basato sullo spirito critico, l'indipendenza del pensiero del candidato e la conoscenza del diritto straniero. L'elaborazione dello studio risulta complessa se si pensa che Grisostomi ha chiesto due rinvii per terminare l'elaborato, rinvii che gli sono stati concessi da Scialoja come preside della Facoltà [171]. Il volume appare subito dopo la libera docenza [172] e Grisostomi si sofferma sulla tematica della formazione dei contratti anche nei corsi di lezioni [173].

Ma l'opera non ha avuto una grande circolazione né tra i contemporanei, né nelle recenti ricostruzioni del contributo della dottrina del primo Novecento [174]. Forse l'attenzione suscitata delle teorie di Faggella e la maggiore ampiezza della tematica trattata da Carrara ne hanno reso più limitata la diffusione.

Al contrario di Grisostomi, Faggella, laureatosi a Napoli con Gianturco [175], consigliere della Corte di cassazione di Roma [176], richiede e ottiene nel 1915 la libera docenza esclusivamente per titoli [177]. Faggella è noto per la teoria della responsabilità precontrattuale strettamente connessa con le riflessioni sul contratto preliminare.

Egli individua tre fasi nella formazione del contratto, una di trattative preliminari, una relativa all'offerta definitiva e la terza all'emissione dell'offerta, tutte e tre produttrici di effetti giuridici, con una responsabilità più marcata secondo lo svolgersi delle singole fasi. Più specificamente, Faggella sottolinea che, sebbene ciascuna delle parti resti libera di recedere dalle trattati-

---

[170] *Relazione della Commissione per la libera docenza in diritto civile presso l'Università di Roma chiesta dal dott. Giovanni Grisostomi*, 20 giugno 1903, in ACS, MPI, DGIS, busta 165.

[171] ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 3370.

[172] G. GRISOSTOMI, *Le promesse di contrattare*, cit.

[173] Si veda ad esempio il libretto del corso di diritto civile del 1910-1911: ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 3370.

[174] Cfr. G. LAROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *Il Caso.it*, 21 dicembre 2014.

[175] Cfr. G. FAGGELLA, *Commemorazione di Emanuele Gianturco al circolo giuridico di Napoli*, in *Rivista giuridica e sociale*, 5 (1908), 3-23. Il legame con il Maestro resta saldo anche in seguito, come dimostra l'incarico affidatogli dal Gabinetto Gianturco della *Relazione al progetto di legge per gli scomparsi della campagna d'Africa*, in ACS, MPI, DGIS, *Liberi docenti*, *II serie 1910-1930*, busta 128.

[176] Su Faggella, cfr. *supra*, nota 100.

[177] In base al combinato disposto degli art. 59 e 24 del RD 9 agosto 1910, n. 795 che prevedevano l'accesso all'insegnamento senza sottoporsi al concorso, previo parere del Consiglio superiore, in casi «di meritata fama, di singolare perizia nelle materie che dovrebbero professare». Cfr. ACS, MPI, DGIS, *Liberi docenti*, *II serie 1910-1930*, busta 128, in cui è contenuto il parere del Consiglio superiore della P.I. del 30 aprile 1915.

ve fino al momento della conclusione del contratto, tale recesso non costituisce più un legittimo esercizio «del potere della propria volontà» [178], qualora una delle parti abbia conferito all'altra un'«autorizzazione anche tacita a trattare» [179], poiché in tal caso viene frustrata la legittima aspettativa alla conclusione positiva o negativa delle trattative.

Ne discende, quindi, una riconosciuta importanza giuridica del periodo di responsabilità precontrattuale, che Faggella ricava dai principi generali del diritto. La regolamentazione di tale responsabilità, come responsabilità speciale o nuova, è la maggiore originalità del lavoro di Faggella che è il primo a riconoscere un fondamento giuridico della responsabilità per recesso arbitrario, con un risarcimento delle perdite causate all'altra parte impegnata nelle trattative. Egli prende, così, le distanze da quegli autori che ritenevano applicabile alla fase delle trattative esclusivamente la responsabilità aquiliana, disciplinata dall'art. 1151 del Codice civile del 1865 [180].

Come accennato, l'opera è diffusa e apprezzata in Francia attraverso un articolo di Seleilles che presenta al pubblico francese la nuova tesi di Faggella con un'analisi minuziosa dei singoli passaggi del ragionamento e con espressioni di alta considerazione per la «théorie nouvelle» e la «solution nouvelle» [181] del giurista italiano: «faison pleinement honneur de ces nouveautés à l'analyse fine et ingénieuse de M. le conseilleur Faggella» [182]. Il giudizio, ribadito subito dopo da André Morel [183], è significativo se si pensa che Faggella ha avuto più fortuna all'estero che in patria, come egli stesso evidenzia [184].

Inoltre, per quanto riguarda specificamente i contratti preliminari, Faggella approfondisce anche successivamente l'analisi dell'art. 1589 del *Code Napoléon* e in particolare della promessa di vendere equiparata alla vendita e dell'esecuzione forzata del contratto [185]. Egli accoglie la tesi di Dumoulin, ripresa dal Codice francese, per cui di fronte a una promessa bilaterale di con-

---

[178] G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità contrattuale*, cit., 34.

[179] *Ibidem*, 34-35; lo sottolinea L. ROVELLI, *Responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto*, in G. ALPA, G. CHINÉ, F. GAZZONI, F. REALMONTE, L. ROVELLI, *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, Torino, Giappichelli, 2000, 240-241.

[180] Cfr. G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità contrattuale*, cit., 61. È stato di recente ricordato che l'ostacolo principale che incontra la recezione della teoria di Faggella sulla responsabilità precontrattuale è il dato letterale del Codice civile del 1865: L. ROVELLI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 242; G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 68.

[181] M.R. SELEILLES, *De la responsabilité précontractuelle*, cit., 705.

[182] *Ibidem*, 728. Faggella risponde a Seleilles, lieto che egli accetti la sua teoria, ribadendone i punti a suo giudizio più significativi: *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Archivio giuridico*, 82 (1909), 128-150.

[183] A. MOREL, *Du refus de contracter opposé en raison de considération personnelles*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 7 (1908), 289-311.

[184] G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità contrattuale*, cit., 86 ss.

[185] ID., *L'autonomia delle volontà nei negozi giuridici bilaterali e la coazione giuridica* (nota a Cass. Roma 20 maggio 1910), in *Riv. dir. comm.*, 8 (1910), 850-870 e ID., *Il potere della volontà nella formazione di un futuro negozio giuridico*, *ibidem*, 10 (1912), 1013-1029. Tali articoli sono stati di recente approfonditi da M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realità'*, cit., 189-190.

trarre, la convenzione è un vero e proprio *pactum de contrahendo* e, in caso di inadempimento, è ammessa la coercibilità della promessa di vendita. Faggella ritiene che il principio sottostante sia quello dell'autonomia della volontà che le stesse parti limitano nel momento in cui si promettono reciprocamente di alienare e di acquistare. Ampia e documentata è l'analisi delle varie teorie formulate dalla dottrina francese, tedesca e italiana e, per quanto ci interessa direttamente, sembra riferirsi, senza citarlo, a Grisostomi quando riporta un'opinione relativa alla possibilità di revocare la promessa, con l'obbligo, però, del risarcimento del danno [186], opinione che, a suo giudizio, non trova seguito nella pratica [187].

Invece, in Italia, la teoria di Faggella in tema di responsabilità precontrattuale, a parte qualche eccezione [188], trova ostacoli nella maggior parte della dottrina e della manualistica coeva [189] che, pur considerando di gran livello gli studi di Faggella, si mostra contraria alle sue teorie. In particolare il collega romano Giovanni Carrara contrappone alla benevola accoglienza in Francia da parte di Seleilles la posizione isolata di Faggella in Italia [190]. Egli sottolinea, inoltre, che la giurisprudenza si è mostrata alterna, come dimostrano due sentenze, a favore, del Tribunale e della Corte d'Appello di Napoli e una, contraria, del Tribunale di Trani [191].

Ma la centralità del pensiero di Faggella nella materia della responsabilità precontrattuale è evidenziata dalla dottrina attuale che vi è tornata a più riprese per affermare che l'intervento di Faggella rappresenta «una originale riflessione dottrinale» [192], «un passo decisivo verso il riconoscimento della responsabilità precontrattuale» [193], o può essere considerata un «cornerstone in defining the scope of precontractual liability» [194] o ancora espressione di un pensiero «nuovo e originale» [195].

---

[186] G. GRISOSTOMI, *Le promesse di contrattare*, cit., 157.

[187] G. FAGGELLA, *L'autonomia delle volontà*, cit., 856.

[188] Lo stesso Faggella (*I periodi precontrattuali e la responsabilità contrattuale*, cit., 118 ss.) si riferisce all'opera di Francesco Degni, in appendice alla traduzione italiana di G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Della vendita e della permuta*, I, Milano, F. Vallardi, 1911, 1024-1025.

[189] Cfr. E. ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, in *Il diritto commerciale*, 28 (1910), 50 ss.; A. NATTINI, *Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale*, *ibidem*, 235 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla responsabilità precontrattuale e sui punti riservati*, in *Riv. dir. comm.*, 2 (1925), 633 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile* cit., 511 ss.; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*. II. *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Messina-Milano, G. Principato, 1926[6], 266; ID., *Istituzioni di diritto privato*, volume unico a cura del prof. F. Maroi, Messina-Milano, G. Principato, 1937, 534.

[190] G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., 12.

[191] *Ibidem*, 12-13.

[192] G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi*, V, 2, *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 1093.

[193] Cfr. G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, a cura di L. Viola, Matelica, Halley, 2007, 69.

[194] Cfr. T. FEBBRAJO, *Good Faith and Pre-Contractual Liability in Italy: Recent Developments in the Interpretation of Article 1337 of the Italian Civil Code*, in *The Italian Law Journal*, 2 (2016), 296, nota 20. Si veda anche ID., *La «nuova» responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 16 (2011), 200.

[195] L. ROVELLI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 239.

In realtà, proprio sul versante giurisprudenziale, a parte la pronuncia contraria richiamata da Carrara, si registrano numerose decisioni, ad opera sia delle corti di merito che della Cassazione di Napoli e di Roma, che riprendono, più o meno esplicitamente, la teoria di Faggella e che comunque la condividono.

In primo luogo, partendo da quelle favorevoli ricordate da Carrara, nella sentenza del Tribunale di Napoli del 31 marzo 1909 [196] vengono da Faggella stesso, come presidente, ripercorse le linee essenziali del suo pensiero quando si afferma che la responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative scaturisce dai «principi generali del diritto» che esigono il rispetto «dell'impegno nascente dall'acquiescenza volontaria alle trattative». Escludendo ogni riferimento a «una colpa extracontrattuale» [197], il Tribunale dimostra di non condividere l'orientamento interpretativo che fonda la responsabilità per ingiustificata rottura delle trattative sull'art. 1151 del Codice civile del 1865, relativo appunto alla responsabilità aquiliana.

Sulla scia della pronuncia del Tribunale di Napoli è possibile collocare alcune sentenze successive della Corte di Appello di Napoli del 1911 [198], della Cassazione di Roma del 1916 [199] e della Corte di Cassazione di Napoli del 1917 [200], tutte ispirate al pensiero di Faggella.

In quella della Cassazione romana del 1916, la Corte sostiene, infatti, che la responsabilità precontrattuale trova il suo fondamento «nel precetto etico–giuridico del *suum cuique tribuere*, determinato dal fatto proprio del promettente, che consente, si impegna e prosegue nelle trattative, e solo all'ultima ora, unicamente per un impulso improvviso del suo volere, recede dalle medesime». Questo «consenso reciproco per gli accertamenti preventivi di un negozio qualsiasi, che si abbia in vista di realizzare, importa una vera convenzione», la quale pur non vincolando le parti alla conclusione del contratto, obbliga il contraente che recede ingiustamente dalle trattative avviate con il suo consenso a rifondere «le spese cui gli accertamenti preliminari possono dar luogo» [201].

Anche la Cassazione napoletana sottolinea che la responsabilità precontrattuale ha origine «dall'aver interrotto senza giusta causa la continuazione delle trattative, pur sapendo che l'autorizzazione

---

[196] La sentenza è massimata e pubblicata in *Monitore dei Tribunali*, *giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*, 51 (1910), 214– 215 (presidente Faggella, estensore Petrone): «Colui che, dopo avere coltivate serie trattative contrattuali ne recede senza giustificato motivo, incorre in responsabilità verso l'altra parte per le spese da questa sostenute e le distrutte aspettative. Tale responsabilità non ha il suo fondamento né sul contratto, né sul fatto illecito, ma soltanto sul fatto dell'acquiescenza volontaria alle trattative […]» (214).

[197] *Monitore dei Tribunali*, cit., 215.

[198] Cfr. la massima in *Repertorio generale annuale di giurisprudenza e legislazione*, 34 (1912), 291-291, in cui si sottolinea che: «Quando i rapporti precontrattuali siano pervenuti a conclusione, l'ingiusto recesso di uno dei due paciscenti è violatore della buona fede e costituisce il legittimo fondamento dell'azione di risarcimento».

[199] Cfr. la massima in *Giurisprudenza italiana e La Legge riunite*, *raccolta generale di giurisprudenza, dottrina e legislazione*, 68 (1916), 475: «[…] L'inadempiente […] è tenuto al rimborso delle spese sostenute dell'altra parte per le trattative preliminari del contratto».

[200] *Il Filangieri*, *Rivista giuridica, dottrinale e pratica*, 42 (1917), 526 (presidente Cosenza, estensore De Vanna).

[201] *Ibidem*, 476.

all'elaborazione del progetto ha potuto importare l'erogazione di spese o l'impiego di lavoro per l'altro non recedente»[202]. In tali affermazioni è senz'altro ravvisabile l'eco del pensiero di Faggella, che individuava appunto nell'autorizzazione all'elaborazione del progetto contrattuale un elemento essenziale ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale[203].

Infine, appare di particolare interesse, in quanto frutto di una matura elaborazione della teoria di Faggella, la pronuncia della Corte di Cassazione (ormai unificata) del 6 febbraio 1925[204], di recente ricordata[205]. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte sembra pienamente conforme alla ricostruzione della responsabilità precontrattuale effettuata da Faggella, quando afferma che, mediante la prestazione del consenso a trattare, ciascuna delle parti contraenti assume un'obbligazione che ha per oggetto l'impegno «di non recedere da trattative siffatte senza giustificato motivo». Secondo la Corte, questa teorica della responsabilità precontrattuale è «perfettamente […] conforme ai principii del diritto positivo vigente in materia di obbligazioni e contratti»[206].

Al contrario della dottrina, la giurisprudenza di merito e di legittimità si mostra, quindi, favorevole all'innovativa teoria di Faggella che avrà un'eco importante nella formazione degli artt. 1337 e 1338 del Codice civile del 1942, in cui la dottrina attuale ha ravvisato «un avallo ed una definitiva consacrazione sistematica da parte del legislatore dei principi e dei criteri»[207], già operativi sotto la vigenza del codice del 1865. Sia nella *Relazione* del Ministro Guardasigilli al progetto ministeriale al libro delle obbligazioni del 1941[208], sia nella *Relazione* del Ministro Guardasigilli al Codice civile del 1942[209], la dottrina ha individuato la novità del dettato normativo rispetto al codice previgente, sulla base dello sviluppo e della maturazione del pensiero del civilista romano.

In realtà, già dai lavori preparatori al progetto del 1940 risulta che è stato introdotto un nuovo articolo relativo alla responsabilità delle parti nella fase delle trattative[210]. Senza fare il nome

---

[202] *Ibidem*, 528.

[203] G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali*, cit., 43 ss.

[204] Così massimata in *Riv. dir. comm.*, 23 (1925), 428: «[…] La parte che senza giustificato motivo, receda dalle trattative precontrattuali deve risarcire l'altra parte delle spese incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto importi l'impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere dalle trattative senza giustificato motivo; non è pertanto in contraddizione la sentenza che, riconosciuta l'inesistenza di una vendita immobiliare per mancanza di atto scritto, abbia nondimeno condannato una delle parti per ingiustificato recesso dalle trattativa al risarcimento delle spese incontrate dall'altra […]».

[205] Cfr. L. ROVELLI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 241-242.

[206] Cfr. *Riv. dir. comm.*, 23 (1925), 430.

[207] T. FEBBRAJO, *La «nuova» responsabilità precontrattuale*, cit., 200.

[208] Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice Civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni…*, I. *Prefazione e relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi al Progetto del libro delle obbligazioni*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1942, 83.

[209] *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*. Riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2010, 132; cfr. G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 68-70.

[210] *Atti della Commissione delle Assemblee legislative… Libro delle Obbligazioni*, Roma, Tipografia del Senato, 1940, 118, art. 189.

di Faggella, che peraltro era stato nominato nella Commissione di riforma del Codice di commercio [211], il riferimento alla recente giurisprudenza in materia dimostra una forte continuità con le decisioni delle Corti che fin dall'inizio del secolo avevano seguito le sue tesi innovatrici. È interessante sottolineare che la Commissione ha approvato subito il principio, anche se la redazione dell'articolo è stata implementata e migliorata progressivamente secondo i suggerimenti di Asquini e Tumedei [212]. Vassalli, invece, trova «buono» l'articolo nella stesura del progetto del 1940, anche se si pone in quello del 1941 il problema di sostituire la «buona fede» con «correttezza» o «lealtà» [213].

Come voce esemplificativa del dissenso italiano, e in particolare della dottrina romana, dell'epoca nei confronti della teoria di Faggella, mi soffermo brevemente sul pensiero di Carrara [214]. Egli ottiene la libera docenza nel 1916 proprio dopo aver pubblicato l'opera *La formazione dei contratti* che è considerata dalla Commissione, composta da Schupfer, presidente e preside della Facoltà, Filomusi Guelfi, Simoncelli, Milone e Cannada Bartoli [215], un lavoro di pregio in cui sono esaminate le principali teorie relative alle trattative, ai contratti preliminari, all'offerta e all'accettazione. Un'opera che ricostruisce «con acume e buon senso» [216] lo stato della dottrina italiana e straniera e delle prospettive di indagine in questo vasto campo di studi.

In effetti il lavoro si presenta ampio e complesso volendo ricostruire tutte le fasi della formazione del contratto compresa la sua conclusione. Una parte molto estesa è dedicata alle trattative e alla loro natura giuridica, ai contratti preliminari, alla formazione del contratto nel suo sviluppo storico.

Carrara sostiene che nel periodo delle trattative non si incorre in alcuna responsabilità e in nessun obbligo di risarcimento. Il riferimento è all'impostazione e agli sviluppi applicativi dei lavori di Faggella. In particolare, secondo Carrara, la responsabilità senza colpa, su cui poggia la tesi di Faggella, non può essere accolta come dottrina generale del diritto. Carrara, quindi, segue, con giudizio miope, le tesi prevalenti quasi unanimemente in opposizione a quelle di Faggella e sottolinea che questi ha avuto un riscontro positivo solo in Francia.

Quanto alla distinzione tra le promesse di contrattare *de praesenti* e *in futurum*, egli sostiene che le promesse debbono tutte essere considerate *in futurum*, «in quanto le parti si obbligano rispettivamente l'una di fronte all'altra a concludere in avvenire quel contratto al quale si riferiscono» [217]. In tal modo, a suo giudizio, cade tutta la teorica di Faggella, perché si riferisce soltanto alle promesse *de praesenti*.

---

[211] Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, *Delega al Governo*, cit., 401.

[212] *Atti della Commissione delle Assemblee legislative*, cit., 118.

[213] Cfr. G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, CEDAM, 1990, 95, 180-181.

[214] Su Carrara cfr. *supra* nota 99.

[215] *Relazione della Commissione inviata al Ministro 4 febbraio 1916*, in ACS, MPI, DGIS, busta 75.

[216] *Ibidem*.

[217] G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., 60-61.

Carrara dal canto suo si sofferma ampiamente sui contratti preliminari, prima considerati una «figura intermedia» tra le trattative e i contratti definitivi, che acquistano ad opera di una dottrina eminente a cui egli aderisce una configurazione autonoma, considerati in sé stessi e in rapporto con il contratto che preparano [218]. Ricostruita la storia della formazione dei contratti preliminari, il giurista si oppone alla tesi di Dumoulin, accolta invece da Faggella, che aveva influenzato il Codice Napoleone e i codici italiani preunitari. Nella costruzione della figura giuridica del contratto preliminare e delle singole fattispecie, si sofferma sul fatto che alcuni autori si riferiscano soltanto alle promesse unilaterali e che equiparino la promessa al contratto definitivo quando la prima contiene tutti i requisiti essenziali del secondo [219].

5. – Strettamente connesse con le vicende della civilistica romana sono quelle dell'insegnamento del Diritto privato comparato. È sempre Vittorio Scialoja il protagonista dell'avvio degli insegnamenti comparatistici affidati ancora una volta a suoi allievi.

Prima dell'istituzione del vero e proprio corso di Introduzione allo studio del diritto comparato nel 1922, una serie di insegnamenti a carattere comparatistico [220] sono dedicati soprattutto alle materie pubblicistiche, storiche ed economico–giuridiche, come il Diritto costituzionale comparato [221], la Storia comparata delle costituzioni moderne [222], la Legislazione doganale comparata [223], l'Amministrazione locale comparata [224], la Legislazione finanziaria comparata [225], le Esercitazioni

---

[218] *Ibidem*, 26.

[219] *Ibidem*, 57 ss.

[220] In realtà, il primo corso è quello di Anatomia e fisiologia comparativa, impartito presso la Facoltà di Medicina e chirurgia a partire dal 1862-1863. Affidato a Giuseppe Ponzi, l'insegnamento si occupa della comparazione fra le strutture anatomiche dei vari vertebrati (*Kalendarium Archigymnasii Pontificii Urbis. Anno scholastico 1862-1865*, Romae, Olivieri Typographus Universitatis Romanae, 1862, 20).

[221] Tale corso libero, senza effetti legali, è sicuramente attivo negli anni accademici 1871-1872 e 1872-1873, durante i quali è affidato ad Attilio Brunialti: Regia Università degli studi di Roma, *Annuario per l'anno scolastico 1871-72*, Roma 1872, 170-171; *ibidem*, *1872-73*, Roma 1873, 5. Per l'istituzione del corso cfr. M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., 23.

[222] Il corso, istituito nel 1879-1880, è ricoperto da Luigi Palma e risulta sicuramente attivo sino al 1887: *ibidem*, 400.

[223] Istituito nel 1881-1882, il corso è tenuto da Vittorio Ellena all'interno di quello di scienze economico-amministrative, e risulta attivo sino al 1887-1888: cfr. Regia Università degli studi di Roma, *Annuario per l'anno scolastico 1887-88*, Roma 1888, 55. Cfr. M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., 758-760.

[224] Dal 1890-1891 viene denominato Legislazione comparata sull'ordinamento dell'amministrazione locale. Tale corso, sempre all'interno di quello di Scienze economico-amministrative, è attivo dal 1885 sino al 1891-1892 ed è affidato a Giuseppe Saredo, allora senatore del Regno: Regia Università degli studi di Roma, *Annuario per l'anno scolastico 1890-91*, Roma 1891, 67.

[225] Istituito nel 1886-1887 e affidato a Paolo Boselli, il corso sembra attivo soltanto fino al 1887-1888: Regia Università degli studi di Roma, *Annuario per l'anno scolastico 1887-88*, Roma 1888, 55. Si tratta dello stesso insegnamento che ricopriva in quegli anni a Pavia Alessandro Malgarini: *Annuario della R. Università di Pavia. Anno scolastico 1884-85*, Pavia 1884, 91.

di statistica comparata[226], il Diritto penale comparato e riforma del diritto vigente[227].

D'altronde il ruolo della Facoltà giuridica romana nell'ambito dell'insegnamento e della promozione degli studi di diritto comparato è certamente significativo nel panorama nazionale e meritevole di approfondimento. Oltre alle vicende dell'insegnamento che tracceremo specificamente più avanti, vanno ricordati una serie di eventi che fin dagli anni ottanta dell'Ottocento risultano significativi anche per il riconoscimento all'estero. In particolare Francesco Schupfer e Augusto Pierantoni sono membri corrispondenti della *Société de législation comparée* dal 1880[228]. A loro si aggiungono Berardino Alimena e Attilio Brunialti nel 1897[229], Torquato Carlo Giannini nel 1904[230], Costantino Castori nel 1925[231].

Nel 1886, inoltre, si tiene un concorso a premi per il Diritto costituzionale, sul tema della «sanzione, promulgazione e pubblicazione delle leggi comparate con le principali legislazioni estere»[232]. E nel 1893 Ferdinando Fiore–Goria chiede la libera docenza in Diritto commerciale comparato[233]. Infine, a partire dagli stessi anni, troviamo già numerosi scritti su argomenti privatistici di studiosi sensibili alla comparazione, come Augusto Bosco[234], lo stesso Bosco insieme a Pierantoni[235], Cesare Facelli[236], Vito Luciani[237], Dionisio Anzilotti[238], Gabriele Faggella su cui ci siamo soffermati[239].

---

[226] Istituito nel 1903-1904 e attivo fino al 1905-1906, il corso è tenuto da Augusto Bosco di Ruffino: Regia Università degli studi di Roma, *Annuario per l'anno scolastico 1905-906*, Roma 1906, 65.

[227] Istituito nel 1914-1915 (Regia Università degli studi di Roma, *Annuario per l'anno accademico 1914-915*, Roma 1915, 306) non compare in quelli successivi. Il corso è tenuto da Filippo Grispigni. Bisogna tener presente che nel 1898 la Facoltà si era espressa negativamente sulla richiesta di Berardino Alimena di ottenere l'incarico di Legislazione penale comparata: cfr. M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., 616-617.

[228] Cfr. *Bulletin de la Société de législation comparée*, IX, 1879-1880, Paris 1880, 69, 95.

[229] *Ibidem*, XXVII 1897-1898, Paris 1898, 63.

[230] *Ibidem*, XXXIV 1904-1905, Paris 1905, 8.

[231] *Ibidem*, LV 1925-1926, Paris 1926, 44.

[232] M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., 344.

[233] Fiore-Goria aveva da poco pubblicato un'opera significativa: *Codice di commercio del Regno d'Italia comparato coi principali codici di commercio d'Europa e riassunto in apposito indice alfabetico analitico*, per cura dell'avvocato F.M. Fiore-Goria, Torino, Vincenzo Bona, 1883. Dopo la nomina della commissione non risultano ulteriori testimonianze: M.C. De Rigo, *I processi verbali*, cit., 542.

[234] *Gli omicidi in alcuni Stati d'Europa. Appunti di Statistica comparata*, Roma, Tipografia eredi Botta, 1889; *Divorzi e separazioni personali di coniugi: studio di demografia comparata*, Roma, Bertero, 1908; *Législation et statistique comparée de quelques infractions à la loi pénale*, Roma, Bertero, 1900.

[235] *Dell'azione di disconoscimento della prole. Studio di legislazione comparata,* Bologna, Tipografia Fara e Garagnani, 1871.

[236] *La successione legittima dei figli naturali. Commento storico-comparato-esegetico alla sezione IV, Titolo II, Libro III del Codice Civile italiano*, Roma, Tipografia Elzeviriana, 1881.

[237] *Trattato del fallimento. Dottrina, Diritto comparato, Commento, Giurisprudenza recentissima*, Roma, Stamperia Reale, 1893.

[238] *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio in ordine alla seconda convenzione dell'Aia 12 giugno 1902*, in *Memorie della R. Accademia delle scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di scienze morali*, Serie I, Tomo II, 1907-8, Bologna, Tipografia Compositori,1909.

[239] *Principi direttivi comparati del Cod. Civile per lo Impero germanico*, Roma, Tipografa Laziale, 1898; *Raffor-*

D'altronde siamo in un momento di particolare sviluppo degli studi sulla comparazione giuridica [240], attraverso le suggestioni d'oltralpe, prima tramite la circolazione del sapere giuridico basata soprattutto sulle traduzioni [241] e la trasposizione dei modelli aperti al confronto, e poi attraverso il dibattito sulle concordanze dei testi giuridici [242]. Con queste ultime la comparazione prevale sulla circolazione che, attraverso le traduzioni, aveva consentito uno sviluppo delle conoscenze della dottrina e della giurisprudenza europee.

Mi riferisco alla stagione delle *concordances* dei codici europei, inaugurata dalle opere di Saint–Joseph [243]. In particolare si tratta di scritti che comparano la legislazione e la giurisprudenza di altri Stati europei e che vengono spesso tradotti e commentati. In tale contesto il ruolo delle riviste giuridiche, dalle francesi *Thémis*, fondata da Athanase Jourdan, e *Révue de législation et de jurisprudence*, fondata da Wolonsky, alla tedesca *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, voluta e diretta da Mittermaier, è peculiare sia per la circolazione del pensiero giuridico, sia per il contributo dei singoli giuristi che andavano controcorrente e tentavano di diffondere dalla Germania alla Francia la Scuola storica del diritto, con l'intento di favorire anche in Francia un analogo orientamento grazie al modello tedesco [244]. In tal modo le riviste consentivano un'apertura verso opere di carattere teorico e non solo pragmatico e verso la comparazione dei diversi ordinamenti, che Mittermaier voleva approfondire per trovare nuove soluzioni efficaci e progressiste. Il ruolo centrale delle riviste nella comparazione giuridica trova ora nella ristampa del repertorio dei lavori contenuti nelle principali riviste scientifiche francesi un riferimento di grande importanza [245].

Quanto all'insegnamento del diritto privato comparato in Italia, allo stato delle ricerche [246], risulta che agli inizi degli anni venti del Novecento, esso è impartito in Italia a Pavia, a Torino, a Palermo. In linea generale la materia non offre ancora corsi stabili se si pensa che a Torino nel 1922 Mario Sarfatti ha l'incarico di Diritto privato comparato, mentre l'anno successivo la ma-

---

zamento giuridico del vincolo contrattuale nel diritto civile germanico comparato. Responsabilità pei contratti obbiettivamente invalidi, Napoli, Tip. G. M. Priore, 1905.

[240] Sullo sviluppo della comparatistica cfr. ora A. SPINOSA, *"Civili in modo diversissimo". Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2017, 248 ss.

[241] Cfr. M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, 3 voll., Napoli, Jovene, 1987.

[242] Si veda in generale L. MOSCATI, *Insegnamento e scienza giuridica*, cit.

[243] *Concordance entre les codes civils étrangers et le code français…*, par M.A. de Saint-Joseph, Paris, Société Belge de Librairie, 1842; *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français…*, par M.A. de Saint-Joseph, Paris, Videcoq, 1844.

[244] Si vedano gli ormai classici studi di Olivier Motte citati in precedenza.

[245] *Tables analytiques de la Revue de législation et de la Revue critique de législation et de jurisprudence: précédées des tables de la Thémis et de la Revue de droit français et étranger*, par M. Coin-Delisle… (1860), rist. anast. Paris, Hachette Livre BNF, 2012.

[246] Cfr. *Annali di statistica dell'istruzione superiore nell'anno accademico 1926-27*, Roma, Tipografia operaia romana, 1933, 190.

teria tace e Sarfatti è libero docente di Diritto civile[247]. Anche a Palermo Salvatore Galgano è incaricato della materia nel 1924, tra due lunghi intervalli di silenzio[248].

A Pavia, nel 1924–25, e solo per quell'anno fino al 1944, il Diritto privato comparato e norme di conflitto è insegnato da Giulio Diena[249]. Nonostante la tradizione storica del primo Ottocento e la presenza di Mario Rotondi, pavese di formazione, chiamato nel 1926 alla cattedra di Diritto commerciale e già distintosi per aver creato l'Istituto di diritto commerciale comparato[250] e per gli interessi comparatistici[251], non si era ancora creato un punto di riferimento importante. Pavia, infatti, aveva avuto agli inizi del secolo precedente l'insegnamento di Romagnosi e presentava una discreta vivacità soprattutto in ambito comparatistico. È da segnalare in tal senso la figura di Agostino Reale, docente di Diritto austriaco, oltreché per le opere di diritto commerciale e civile in rapporto alla legislazione austriaca[252], anche per la traduzione del manuale di diritto romano di A.-M. Dupin l'Ainé[253], a cui il giurista pavese aveva aggiunto un compendio di diritto civile italico, austriaco e canonico comparati[254].

Anche a Palermo, le radici ottocentesche risultano rilevanti, se pensiamo a Emerico Amari che nel 1845 tiene la prolusione *Della necessità e dello studio della legislazione comparata*[255], poi sviluppata nel famoso trattato pubblicato a Genova nel 1857[256]. Chiamato nel 1860 a ricoprire la cattedra di Storia del diritto e legislazione comparata, rifiuta tale insegnamento e dal 1865 le Istituzioni di diritto romano comparato col vigente diritto patrio sono insegnate da Antonino Garajo[257].

---

[247] Cfr. *Annuario della R. Università di Torino. 1921-22*, Ciriè, Stabilimento Tipografico G. Capella, 1922, 43; *Annuario della R. Università di Torino. 1922-23*, Ciriè, Stabilimento Tipografico G. Capella, 1923, 73.

[248] Cfr. B. PASCIUTA, *Itinerari di una cultura giuridica: la Facoltà di Giurisprudenza di Palermo dalla fondazione al fascismo (1805-1940). Appendice*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 12 (2008), 414.

[249] R. Università di Pavia, *Annuario accademico. Anno 1924-25*, Pavia, Bizzoni, 1925, 55.

[250] Ben presto si sarebbe trasferito alla neonata Cattolica di Milano per ragioni razziali: cfr. C. GRANELLI, *I civilisti della scuola giuridica pavese nel XX secolo*, in *Jus Civile*, 6 (2016), 533-542.

[251] Cfr. M. ROTONDI, *Per la Storia del Diritto comparato. (La "Critica di una scienza delle legislazioni comparate" di Emerico Amari)*, in *Liber amicorum baron Louis Fredericq*, II, Gent, Story-Scientia, 1966, 853-888.

[252] A. REALE, *Del diritto commerciale e marittimo secondo le leggi austriache ed italiche nella parte in cui queste sono mantenute in vigore nel Regno lombardo-veneto*, Pavia, P. Bizzoni, 1822; ID., *Discorso d'introduzione alle lezioni di diritto civile universale austriaco colle differenze tra questo e il diritto civile francese*, Pavia, Fusi e comp., 1823; ID., *Guida al diritto di successione legittima secondo il codice civile austriaco colle differenze tra questo e il diritto civile francese*, Pavia, Fusi e comp., 1823.

[253] Cfr. *Compendio storico del diritto romano da Romolo sino a nostri giorni del sig. Dupin avvocato presso la Corte reale di Parigi*. Volgarizzamento della terza edizione francese con note, e giunta di un compendio storico del Diritto civile italico ed austriaco, e del Diritto canonico del G.C. A. Reale, Pavia, Fusi e comp., 1821.

[254] Cfr. M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica*, cit., I, 115.

[255] Cfr. *I docenti della Regia Università di Palermo (1820-1880)*. Prefazione di O. Cancila, redazione a cura di M. Romano, Palermo, Priulla, 2006, 69.

[256] E. AMARI, *Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate*, a cura di G. Bentivegna. Presentazione di G. Giarrizzo, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005.

[257] Cfr. *I docenti della Regia Università di Palermo (1820-1880)*, cit. Nel 1860 risulta non coperto l'insegnamento di Legislazione comparata (p. 125), mentre lo sarà nel 1865 con il titolo modificato (p. 198).

Mentre in Agostino Reale si può individuare un significativo interesse per la comparazione scevro da intenti definitori e da una sua considerazione come scienza autonoma, con Emerico Amari, nella metà dell'Ottocento, nasce un'idea di comparazione intesa come scienza e il diritto comparato risulta uno strumento per il miglioramento del diritto interno, con regole precise che permettono di orientare tale disciplina. Per Reale, l'analisi del diritto austriaco comparato con quello francese non deve arrivare ad un punto comune di utilità, ma alla conoscenza più approfondita della propria tradizione e del sistema di leggi da cui è regolata. Secondo Amari, attraverso lo studio delle leggi di un popolo si può capire innanzitutto il suo grado di incivilimento e, con l'aiuto della comparazione, prenderne coscienza e contribuire a far progredire quei popoli che maggiormente lo necessitano rispetto agli altri[258]. Un'utilizzazione del diritto straniero, quindi, come mezzo per l'interpretazione della legge interna[259].

Per tornare all'istituzione del corso romano facoltativo di Introduzione allo studio del diritto comparato nell'anno accademico 1922-1923, esso risulta impartito negli stessi anni solo all'Università di Roma[260]. È istituito nella seduta del Consiglio di Facoltà del 13 novembre 1922 e affidato a Evaristo Carusi, allievo di Scialoja e sostenuto da Bonfante, che dichiara di essere nelle condizioni previste per assumere l'insegnamento[261]. Si stabilisce, inoltre, che il corso debba essere inserito nell'ordinamento della neonata Scuola speciale di diritto romano e dei diritti orientali, voluta da Carusi con l'appoggio di Scialoja allora direttore dell'Istituto di diritto romano[262] e che nella commissione di esami della materia figurino lo stesso Carusi insieme a Bonfante e Brandileone, tutti docenti presso la Scuola. La Facoltà assegna anche nei due anni successivi sempre a Carusi l'incarico della materia[263]. Nonostante la denominazione generale, il corso, sia per l'influenza di Scialoja, sia per la natura della produzione di Carusi, ha un'impronta privatistica.

---

[258] Cfr. in particolare gli scritti di G. BENTIVEGNA, *Storicismo e sociologia del diritto in Emerico Amari*, Santa Maria di Licodia, Il fauno, 1997; ID., *Filosofia civile e diritto comparato in Emerico Amari*, Napoli, Guida, 2003.

[259] Si vedano gli importanti contributi di E. JAYME, tra cui *Emerico Amari: l'attualità del suo pensiero nel diritto comparato con particolare riguardo alla teoria del progresso*, in *L'identità culturale della Sicilia risorgimentale. Atti del convegno per il bicentenario della nascita di Emerico Amari e di Francesco Ferrara*, a cura di F. Simon: *Storia e politica. Rivista quadrimestrale*, 3 (2011), 60-71.

[260] Cfr. *Annali di statistica dell'istruzione superiore nell'anno accademico 1926-27*, cit., 191. Sono anche insegnate altre materie a carattere comparatistico, come il Diritto pubblico comparato (per la Sapienza cfr. F. LANCHESTER, *La tradizione giuspubblicistica a "La Sapienza"*, in *La Sapienza del giovane Leopoldo Elia 1948-1962*. Atti convegno, Roma 27 marzo 2014, a cura di F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2014, 5-21) e il Diritto comparato con particolare riguardo al diritto austriaco (a Padova è affidato a Ferrari dalle Spade: *Annuario della R. Università degli studi di Padova 1926-27*, Padova 1927, 40).

[261] *Verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 13 novembre 1922. Si tratta della legge del 25 luglio 1922 che prevedeva alcune modificazioni in ordine all'assegnazione dei secondi insegnamenti.

[262] Sull'istituzione della Scuola cfr. M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., LXXIII-LXXIX; G. FERRI, *Origine e sviluppo dei corsi di perfezionamento in diritto romano dell'Università di Roma 'La Sapienza'*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 105 (2011), 437 ss.

[263] *Verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 19 luglio 1923 e del 20 novembre 1923. Carusi insegna la materia per tre anni come risulta dai libretti delle lezioni degli anni 1922-1923, 1923-1924 e 1924-1925: ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 1321.

Di Evaristo Carusi, ben noto alla Facoltà per aver ricevuto il premio Corsi, avere a lungo insegnato le materie romanistiche[264] ed essere stato chiamato per chiara fama alla cattedra di Diritti dell'Oriente mediterraneo nel 1919[265], sono stati ricordati anche di recente gli scritti sul rapporto tra diritto romano e diritti orientali e la polemica che ne è scaturita soprattutto per i suoi duri attacchi agli studi filologici degli orientalisti e per le aspre critiche rivolte da questi ultimi alle sue opere[266]. Come è stato efficacemente messo in luce, a Carusi spetta comunque il merito di aver proposto ai giuristi problemi e ipotesi di studio, poi confutate dagli orientalisti, che in ogni caso hanno consentito alla scienza di sviluppare un campo di studi importante[267]. Sulla base di tale giudizio, sono state affacciate anche altre ipotesi che possono essere a fondamento delle critiche ricevute da Carusi e in particolare le questioni contingenti che talvolta univano, talaltra allontanavano i romanisti e gli orientalisti nel momento della costituzione delle due sezioni, filologica e giuridica, della Scuola orientale[268].

Non sembra, invece, aver interessato gli studiosi il lavoro di Carusi sulla comparazione giuridica[269] e soprattutto il fatto che egli sia stato il primo professore della materia nella Facoltà giuridica romana[270], dopo aver insegnato il Diritto civile orientale comparato nella Pontificia

---

[264] Carusi insegna come libero docente dal 1892 il Diritto romano, dal 1899 le Istituzioni di diritto romano e dal 1901 la Storia del diritto romano. Nominato straordinario a Cagliari (1891), dopo un breve periodo di insegnamento a Innsbruck (1894), ottenuto l'ordinariato a Messina, Perugia e Sassari (1896), Cagliari (1897), preferisce non allontanarsi stabilmente da Roma e accetta la nomina a professore ordinario presso la Pontificia università dell'Apollinare (ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 1321; ACS, MPI, DGIS, *Archivio generale università*, III serie, 1882-1890, b. 146; per gli insegnamenti alla Facoltà romana fino al 1900, cfr. M.C. DE RIGO, *I processi verbali*, cit., 526-529, 614, 624-30 con le relazioni delle rispettive commissioni; per l'università pontificia cfr. D. CECCARELLI MAROLLI, *Profili di alcuni professori del P.I.O. quali maestri di una attuale generazione di giuristi orientali*, in *Iuria Orientalia*, 8 [2012], 16-17); per la libera docenza in Storia del diritto romano con la relazione di Scialoja, cfr. *Facoltà di Giurisprudenza, Verbali del Consiglio di Facoltà dal 31 Ottobre 1901 al 13 Luglio 1905*, seduta dell'8 novembre 1901. Carusi si dedica più tardi allo studio dei diritti orientali, ponendo particolare attenzione alla ricerca in chiave comparatistica delle reciproche influenze intercorse tra il diritto romano e i diritti orientali. In mancanza di dati bio-bibliografici approfonditi, essi sono rintracciabili dai fascicoli personali conservati nell'Archivio storico della Sapienza e nell'Archivio centrale dello Stato sopra citati. In particolare è significativo un curriculum redatto negli ultimi anni della sua vita che risulta completo di pubblicazioni e riconoscimenti ricevuti: ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 1321.

[265] Cfr. la notizia della nomina a professore ordinario di Diritti orientali mediterranei a decorrere dal 16 ottobre 1919 e la risposta di Carusi del 18 ottobre, in ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 1321.

[266] Sulla prolusione alla cattedra di Diritti orientali mediterranei (*Per una scienza giuridica orientalistica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 64 [1920], pp. 125-146) e sulla polemica che ne è scaturita e ha visto romanisti e orientalisti contrapporsi alle tesi di Carusi, cfr. in particolare M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., LXXIII-LXXVIII; si veda anche L. ATZERI, *La «Storia del diritto antico» e una lettera inedita di Paul Koschaker*, in *Iuris Antiqui Historia*, 2 (2010), 200-204; O. DILIBERTO, *Mario Talamanca e la Scuola di perfezionamento in Diritto romano*, in *Ricordo di Mario Talamanca*, Atti della giornata di studi, Roma 21 maggio 2010, a cura di L. Capogrossi Colognesi e G. Finazzi, Napoli, Jovene, 2012, 42-44; C. SIMONETTI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, cit., 471-472; A. FIORI, *Le prolusioni storico-giuridiche e romanistiche della Facoltà di Giurisprudenza (1871-1922)*, in *La Facoltà giuridica romana in età liberale*, cit., 463-468.

[267] E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, Zanichelli, 1937, 65-66.

[268] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent'anni dalle 'res mancipi' di Pietro Bonfante*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), 149-150.

[269] Tranne poche eccezioni. Cfr. E. VOLTERRA, *Diritto romano*, cit., 61 e D. CECCARELLI MAROLLI, *Profili di alcuni professori*, cit., 16 che ricordano il lavoro comparatistico di Carusi.

[270] Si veda il decreto di nomina del 10 gennaio 1925, in ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 1321.

università dell'Apollinare, poi Pontificia università lateranense[271].

Ancora una volta su ispirazione di Scialoja[272] e prendendo spunto dai precedenti congressi della Società italiana per il progresso delle scienze[273], Carusi riprende il tema del rapporto tra diritto romano e diritti orientali mediterranei e amplia il discorso alla scienza della comparazione storica dei diritti, una scienza che, a suo giudizio, non ha ancora raggiunto un adeguato sviluppo. Si tratta di una materia che deve essere trattata da tecnici e soprattutto deve essere approfondita, attraverso uno studio storico dei vari diritti «condotto con metodi tecnici e criteri sistematici, sotto l'aspetto comparativistico»[274]. Rispetto ai precedenti studi segnati da un interesse per la comparazione e ricordati per la Sapienza, in Carusi prevale l'approfondimento della comparazione come scienza, lo stesso che è alla base dei corsi di lezione impartiti a Roma[275].

Il suo principale intento è quello di indagare la natura e i compiti di tale scienza e di applicarla successivamente allo studio dei diritti mediterranei e del diritto coloniale. Dopo un *excursus* sulla storia della scienza della comparazione giuridica e dei suoi principali esponenti da Post, a Pollock, a Lambert, attraverso una buona conoscenza della dottrina tedesca, che sarà approfondita nei corsi romani[276], e il giusto riconoscimento del contributo di Seleilles, fino ad arrivare ai nostri Vico e Romagnosi, Carusi si sofferma sulla figura e l'opera di Emerico Amari considerato il migliore esponente italiano di tali studi nel secolo XIX. Secondo il giurista, l'aspetto manchevole dell'opera di Amari è l'eccessivo e quasi esclusivo indirizzo rivolto all'analisi della legislazione come elemento della comparazione, mentre il merito sta nella grande quantità di rilievi e di approfondimenti specifici che si ritrovano nell'opera e in particolare nel parallelismo offerto con la glottologia.

Riprendendo lo schema dell'opera di Amari, e volendo fissare i principi costitutivi della nuova scienza, Carusi enumera lo spirito filosofico e l'aspetto statistico come presupposti ma non come elementi esclusivi, a cui aggiunge quello legislativo. Quindi lo studio della comparazione deve essere animato da spirito filosofico, sulla base di materiali statistici, e mirare al fine altamente scientifico di investigare la misura e lo svolgimento del fenomeno giuridico con finalità pratiche, tra cui la funzione sociale legislativa[277]. La nuova scienza ha come scopo lo studio del fenomeno giuridico alla

---

[271] D. CECCARELLI MAROLLI, *Profili di alcuni professori*, cit., 15.

[272] E. CARUSI, *Il problema del diritto comparato sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*, in *Atti della società italiana per il progresso delle scienze*, IX, Roma, Società italiana per il progresso delle scienze, 1917, 357-460. Scopo del congresso, svoltosi a Milano il 4 aprile 1917, era quello di promuovere un'intesa italo-francese per la costituzione di centri culturali comuni nei paesi coloniali. Il saggio ebbe una dura critica di P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1 (1921), 233-249, che riguarda anche in generale la scienza comparatistica.

[273] E. CARUSI, *Sui rapporti fra diritto romano e diritto mussulmano*, in *Atti della società italiana per il progresso delle scienze*, VII, Roma, Società italiana per il progresso delle scienze, 1913, 1012; ID., *Gli studi dei diritti Orientali mediterranei di fronte alla scienza del diritto ed alla politica coloniale*, *ibidem*, VIII, Roma, Società italiana per il progresso delle scienze, 1916, 557-601.

[274] ID., *Il problema del diritto comparato*, cit., p. 17.

[275] ASUR, *Fascicoli personale docente*, AS 1321.

[276] *Ibidem*.

[277] Le idee di Carusi sono state richiamate di recente e inserite all'interno della scuola storico-filosofica italiana:

ricerca di costanti nella variabilità delle funzioni fenomeniche. A seguito di un significativo paragone con il linguaggio (di savignyana memoria) Carusi considera essenziali le indagini specifiche che devono riguardare gli istituti giuridici per riconoscerne le costanti, nella fluttuazione degli elementi variabili. L'insieme di tali risultati costituisce a suo giudizio la scienza vera e propria.

La scienza comparatistica è ormai una disciplina autonoma: «*né filosofia*, *né esposizione statistica* di elementi storici, *né legislazione*; che però, *animata da spirito filosofico*, sulla *base di materiali statistici*, mira al *fine altamente scientifico*, di investigare la natura e lo svolgimento del fenomeno giuridico, ed insieme può provvedere a parecchie *finalità pratiche*, tra cui quella di fornir lume per la funzione sociale legislativa»[278].

Oggetto della materia sono le norme che, sulla scia del pensiero di Post, si devono classificare in leggi, consuetudini e decisioni giudiziali, di cui le prime più note e ammesse da tutti. Ma il suo intento è quello di dimostrare l'importanza della dottrina e soprattutto della giurisprudenza come attesta la storia gloriosa del diritto romano. A suo giudizio, infatti, la legislazione non costituisce né l'elemento unico né quello principale del fenomeno giuridico, ma quello più appariscente che va ridimensionato[279]. Bisogna tener presente che tali proposte sono messe in rapporto con le condizioni create dalla guerra che ha sviluppato i germi di una crescente «intimità» soprattutto in termini di legislazione.

Anche l'interesse per un diritto comune delle obbligazioni in Francia e in Italia nasce in tale contesto e pur trattandosi, secondo Carusi, di un problema innanzitutto politico, affonda le sue radici proprio negli insegnamenti della scienza. La codificazione ha rimesso in gioco una pluralità di diritti rispetto al precedente diritto unitario. La proposta di Scialoja, a cui Carusi aderisce pienamente con la sola critica per la scelta del campo delle obbligazioni rispetto a quello dei diritti personali da lui ritenuto prioritario, suggerisce il delinearsi di un nucleo centrale di diritto sovranazionale, che sembra ancora avere un carattere puramente dottrinale, più che di vera e propria legislazione comune. Il tema sarà ripreso e ampliato nella commemorazione del suo Maestro[280].

Purtroppo la persistenza dell'insegnamento è presto messa in discussione[281] quando il Preside rende nota una comunicazione del Rettore, basata su una direttiva del Ministero, che dichiara di non accogliere la proposta della Facoltà, dato il parere contrario del Consiglio Superiore[282]. Nel confermare gli incarichi esistenti, sia gratuiti che retribuiti, fra i primi troviamo ancora una volta il corso di Carusi, ma alla risposta negativa del Ministero sulla convalida delle iscrizioni degli studenti di tale

---

R. SCARCIGLIA, *A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times*, in *Beijing Law Review*, 6 (2015), 306.

[278] E. CARUSI, *Il problema del diritto comparato*, cit., 396-397.

[279] *Ibidem*, 84.

[280] E. CARUSI, *Vittorio Scialoja cultore del diritto comune (nell'anniversario della sua morte)*, Modena, Società tipografica modenese, 1935.

[281] *Verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 19 luglio 1924.

[282] La Facoltà si limita a chiedere che si convalidi l'iscrizione al predetto corso dei giovani che lo avevano effettivamente frequentato sino alla fine dell'anno.

corso, alla Facoltà non resta che prenderne atto, con rammarico. Deliberando unanimemente la soppressione dell'insegnamento, si riserva di studiare la creazione di un Istituto di diritto comparato[283].

Dopo l'interruzione, la storia dell'insegnamento prosegue e la denominazione del corso di Introduzione allo studio del diritto comparato viene poi modificata in Diritto privato comparato nel 1932 su proposta dello stesso Carusi[284] il quale, tuttavia, come abbiamo visto, aveva conservato l'incarico soltanto fino al 1925. Ma i problemi di bilancio della Facoltà e la conseguente carenza di posti di ruolo determinano l'impossibilità di provvedere con titolari in numerosi insegnamenti, tra cui il Diritto privato comparato[285]. È interessante notare che più volte è proposta la modifica dello statuto per la parte relativa alla Scuola speciale di diritto romano e diritti orientali, con l'istanza di ampliamento degli insegnamenti fra cui l'«Introduzione allo studio del diritto comparato»[286] e con la richiesta di reintrodurre la materia nel piano di studi della Facoltà, come quella di particolare rilievo presentata nel 1928 da Faggella[287].

Per un breve periodo, nel 1934, le lezioni di Diritto privato comparato risultano comunque tenute da De Ruggiero[288]. Alla sua morte l'insegnamento resta vacante fino al 1935, quando viene deliberato il trasferimento di Salvatore Galgano alla cattedra di Diritto privato comparato[289].

Galgano, già professore nelle Università di Palermo e Napoli, assume la carica di direttore del nuovo Istituto di diritto e procedura civile dell'Università di Roma, nell'ambito del quale si istituisce la Sezione di diritto privato comparato e nella sua nuova veste l'Annuario di Diritto comparato[290].

Siamo giunti così agli anni della scomparsa di Scialoja, protagonista delle vicende che abbiamo cercato di ricostruire e della costituzione dell'UNIDROIT che fa della capitale un polo di attrazione e sviluppo negli studi di diritto privato.

---

[283] *Verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 3 aprile 1925.

[284] *Ibidem*, seduta del 14 maggio 1932.

[285] In conseguenza dei problemi esposti, l'insegnamento di Introduzione allo studio del comparato risulta nominato a partire dal 1925-1926 e fino al 1935-1936 tra gli insegnamenti della Scuola speciale di diritto romano e di diritti orientali: cfr. *Annuario della Regia Università degli studi di Roma*, *ad annum*.

[286] *Verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 21 novembre 1925; 22 dicembre 1925.

[287] *Ibidem*, seduta del 18 luglio 1928: Faggella si dichiara disposto ad accettare un incarico gratuito di Diritto privato comparato. La Facoltà, pur apprezzando l'offerta, dichiara di non poter affidare l'incarico perché non esiste la cattedra di Diritto privato comparato.

[288] *Verbali della Facoltà di Giurisprudenza*, seduta del 19 novembre 1934.

[289] *Ibidem*, seduta del 24 ottobre 1935. Sull'importanza dell'Annuario cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., 259-260; A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, 324-325; S. CAPRIOLI, *Codice civile*, cit., 124; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'Annuario di Diritto comparato nel pensiero giuridico del primo Novecento*, in *Annuario diritto comparato e di studi legislativi*, 1 (2010), 39-58.

[290] I verbali delle sedute del Consiglio di Facoltà relative agli anni 1936-1948 sono irreperibili. Tuttavia, nel 1945 l'insegnamento di Diritto privato comparato risulta ancora affidato a Galgano (Regia Università degli studi di Roma, *Annuario per l'anno accademico 1945-1946*, Roma 1946, 34). L'incarico viene riconfermato anche negli anni immediatamente seguenti. È interessante notare che, parallelamente al Diritto privato comparato, viene istituito a partire dal 1934-1935 anche un insegnamento di Diritto comparato a carattere pubblicistico, inquadrato all'interno dell'Istituto di filosofia del diritto e affidato a Luigi Rossi.

JUS CIVILE

Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601

Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è, quindi, incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tale genere deve, però, corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

JUS CIVILE

CARLOTTA DE MENECH

Dottore di ricerca – Università di Pavia

VERSO IL RICONOSCIMENTO DEI DANNI PUNITIVI?

SOMMARIO: *1. I retroscena della sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite n. 16601 del 5 luglio 2017. – 2. Gli spazi non ancora schiusi a* punitive damages *e risarcimenti punitivi. – 3. Gli incerti margini tracciati dalle sezioni unite intorno allo spiraglio aperto ai* punitive damages*. Sul versante della legalità. – 4. (Continua) Sul versante della proporzionalità. – 5. I confini del sistema di responsabilità civile. – 6. La "sua" curvatura deterrente/sanzionatoria.*

1. – Durante l'estate appena giunta al termine, una sentenza delle sezioni unite [1] ha posto le premesse per il ravvivarsi dell'interesse verso il modello giuridico straniero dei c.d. «danni punitivi» [2]. Prima di analizzare nel dettaglio i contenuti di questa pronuncia, è senz'altro utile descriverne brevemente i retroscena.

Così, si può cominciare col dire che il nostro sistema della responsabilità civile è, da sempre, teatro di molte battaglie tra coloro che desiderano investirlo del "religioso" compito di punire l'autore di fatti particolarmente riprovevoli e coloro che, per converso, tentano di preservarne la "secolarizzazione" [3], ribadendone l'esclusiva funzione di compensare il pregiudizio sofferto dalla vittima dell'illecito.

La più recente di queste battaglie si svolge sul terreno del *quantum damni*.

Nel momento in cui si tratta di liquidare l'ammontare della prestazione risarcitoria, certa giu-

---

[1] Si tratta di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 (Pres. Rordorf– Rel. D'Ascola).

[2] *In limine* è bene precisare che il sintagma 'danni punitivi' rappresenta una traduzione impropria dell'inglese 'punitive damages'. Il termine '*damages'* soffre infatti – come scrive BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in BUSNELLI e S. PATTI, *Danno eresponsabilità civile*, Torino, 2013, 247 – di una «criptica anfibologia», tale per cui, secondo l'aggettivo che l'accompagna, esso assume, ora, il significato ristretto di 'risarcimento', ora, quello più lato di 'prestazione pecuniaria dovuta in conseguenza di un illecito'. Per comprendere quale precisamente sia l'impatto semantico che il qualificativo '*punitive*' ha sul sostantivo '*damages*', occorre svolgere un approfondimento comparatistico. E così facendo, ci si accorge che i danni punitivi non sono, come i "nostri" risarcimenti punitivi, pene pecuniarie, liquidate a titolo (falso) di risarcimento del danno e che, con questo, tendono a confondersi; bensì, consistono in condanne pecuniarie comminate a titolo (palese) di punizione di taluni illeciti civili e con l'obiettivo della deterrenza (generale e speciale) di questi. Condanne pecuniarie che, di solito, vengono emesse in aggiunta e separatamente dalla condanna al risarcimento del danno; di modo che il momento afflittivo sia ben visibile agli occhi di tutti e, pertanto, risulti – secondo la dizione impiegata, soprattutto, in Inghilterra per designare l'istituto – *exemplary*. Sicché, in definitiva, si deve ritenere che, in virtù dell'accostamento con l'aggettivo '*punitive*', il sostantivo '*damages'* assuma il significato di 'prestazione pecuniaria dovuta in conseguenza di un illecito'.

[3] L'immagine della "secolarizzazione" della responsabilità civile è di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ªed., Milano 2006, 283 e 325.

risprudenza si mostra irresistibilmente attratta dall'impiego di parametri (quali l'intensità del dolo, le condizioni economiche del responsabile, il profitto ottenuto mediante l'illecito, la gravità dell'offesa, *etc*.), che fanno assumere al risarcimento una dimensione eccedente rispetto al danno e gli conferiscono, così, un'indole punitiva [4]. Concordando sull'opportunità di simili modulazioni giudiziali del *quantum debeatur*, parte della dottrina si è messa alla ricerca di un possibile sostegno dogmatico. E, non riuscendo forse a rinvenirne alcuno davvero decisivo in seno al sistema italiano della responsabilità civile, alcuni autori hanno fatto ricorso all'argomento comparatistico dei danni punitivi; con la speranza che questo riferimento potesse, prima o poi, ricevere una qualche conferma di carattere istituzionale, (quantomeno) attraverso la delibazione [5] di una sentenza straniera recante, appunto, un capo di condanna al pagamento dei *punitive damages.*

Per contrasto, altra componente della letteratura e della giurisprudenza – ossia quella intenta a difendere la versione "secolarizzata" della responsabilità civile – ha fatto invece leva sull'inammissibilità *de iure condito* della categoria dei danni punitivi nel nostro ordinamento, al fine di riaffermare che la consistenza della prestazione risarcitoria deve necessariamente eguagliare la consistenza del danno provocato dal fatto illecito.

Ora, ad un rafforzamento di questa seconda fazione, che – usando un linguaggio metaforico – potremmo chiamare "ghibellina", sembravano aver portato le poche parole usate dalla Corte di cassazione, nel 2007 e nel 2012 [6], per negare il riconoscimento di decisioni nordamericane impositive di *punitive damages*: statuizioni risarcitorie declinate in funzione punitiva – questo era

---

[4] Così, ad esempio, Cass., 22 gennaio 2015, n. 1126, in *Danno resp*., 2015, 511 ss., con nota di QUARTA ha statuito che nella commisurazione del danno non patrimoniale indubbiamente rileva la gravità dell'offesa; Cass., 25 ottobre 2002, n. 15103, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2003, I, 415 ss., con nota di THIENE ha tenuto conto degli elementi psicologici dell'illecito; e App. Roma 5 novembre 1990, in *Dir. inform*., 1991, 854 ha preso in considerazione le condizioni economiche del responsabile ed il guadagno da questi conseguito attraverso la violazione.

[5] Invero, la l. 31 maggio1995, n. 218 ha segnato il passaggio dal regime del riconoscimento necessario (c.d. di delibazione) al regime del riconoscimento automatico degli effetti di giudicato del provvedimento straniero; cosicché, all'accertamento dei requisiti previsti dall'art. 64 della l. n. 218/1995, si deve procedere ora in via meramente eventuale nell'ipotesi in cui vi sia contestazione. Diversamente, per quanto riguarda gli effetti esecutivi del provvedimento straniero, l'art. 67 della l. n. 218/1995 subordina tuttora il riconoscimento al previo e necessario accertamento dei requisiti di cui all'art. 64 nel corso di un procedimento c.d. di *exequatur* (spiegazione tratta da G. CARELLA-R. DI CHIO, *Riconoscimento di sentenze straniere*, in F. PREITE-A. GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE (a cura di), *Trattato di diritto internazionale privato e comunitario*, t. II, Torino 2010, 1259). Compiuta questa doverosa precisazione, si useranno per comodità nel prosieguo del testo le espressioni delibazione/riconoscimento/*exequatur* in alternativa.

[6] Ci si riferisce, naturalmente, a Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie;* in *Nuova giur. civ. comm.*,2007, I, 981, con nota di OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; e in *Corr. giur.*,2007, 1126, con nota di FAVA, Punitive damages *e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; ed a Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp*., 2012, 609, con nota di PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*; e in *Corr. giur*., 2012, 1068, con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*

Un diniego altrettanto netto alla delibabilità di sentenze di condanna ai *punitive damages* era stato opposto, molto tempo prima, in Germania dal BGH Urt. 4 giugno 1992, in *NJW*, 1992, II, 3096.

il cuore di entrambe le motivazioni – si pongono in irriducibile contrasto con l'ordine pubblico e, segnatamente, con la conformazione positiva dello statuto risarcitorio, il quale è esclusivamente orientato alla restaurazione della sfera del danneggiato e, per converso, risulta totalmente indifferente all'afflizione del responsabile dell'illecito.

Per contro, ad una ripresa della prima fazione, che potremmo denominare "guelfa", conducevano le dense argomentazioni con cui nel maggio del 2016 la prima sezione della Suprema Corte sollecitava (ed indirizzava) l'intervento delle sezioni unite sul tema della compatibilità tra danni punitivi e modo d'essere del nostro ordinamento [7]. In particolare, nell'apparato argomentativo dell'ordinanza interlocutoria, appariva centrale la valorizzazione di una serie di «rimedi risarcitori con funzione […] sanzionatoria» che il legislatore italiano progressivamente sparpaglia nella trama dell'ordinamento civile (valgano quali esempi la 'riparazione pecuniaria' che l'art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 riconnette alla diffamazione a mezzo stampa, la 'somma equitativamente determinata' che l'ultimo alinea dell'art. 96 c.p.c. commina nei riguardi della parte soccombente responsabile di lite temeraria, la 'riparazione dei danni' che il secondo comma dell'art. 187-*undecies* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ricollega ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato [8)]. Figure normative di questo genere venivano infatti interpretate dall'estensore del provvedimento come segnali di un'approvazione *ex post* che il legislatore manifesta nei riguardi delle sfumature punitive che «scelte equitative giudiziali» conferiscono al risarcimento del danno non patrimoniale. Segnali che, andando a rinsaldare la curvatura deterrente/sanzionatoria impressa all'istituto della responsabilità civile per via pretoria, consentivano infine al giudice remittente di insinuare che all'interno del nostro sistema giuridico esiste uno spazio, in cui può legittimamente collocarsi qualsiasi prestazione monetaria con funzione afflittiva a prescindere dalla sua fonte, ivi compreso, dunque, anche il modello di *punitive damages* proveniente dalla tradizione di *common law*.

La pressione per tal modo esercitata dall'ordinanza di rimessione nei confronti delle sezioni unite lasciava presagire a molti che, pronunciandosi sulla questione loro assegnata, i giudici di legittimità avrebbero ammesso la riconoscibilità di sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*, determinando, così, anche il definitivo consolidamento della prassi giurisprudenziale dei risarcimenti punitivi [9]. E secondo chi ha commentato la decisione delle sezioni unitelo scor-

---

[7] Si tratta di Cass., ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1120, con osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*; e di QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*; in *Giur. it.*, 2016, 1854, con nota di DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*; in *Corr. Giur.*, 2016, 909, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*; in *Danno e resp.*, 2016, 827, con nota di MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni unite. Il commento*, e di PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*; in *Int' l Lins*, 2016, 90, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di* punitive damages*: in attesa delle sezioni unite.*

[8] Per un'accurata disamina di tutte le figure sanzionatorie menzionate dall'ordinanza di rimessione si può fare rinvio a A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione),* in *Dir. civ. cont.*, 2 febbraio 2017.

[9] Pronosticavano un'apertura ai danni punitivi da parte delle sezioni unite C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effetti-*

so 6 luglio,vale a dire all'indomani della sua pubblicazione, quel presagio si sarebbe in effetti avverato [10].

In relazione a quelle previsioni e rispetto a queste prime reazioni potrebbe, allora, apparire dissonante il titolo scelto per questo scritto: non "il riconoscimento dei danni punitivi", ma "verso il riconoscimento dei danni punitivi"; e, per giunta, sotto forma di interrogativo. Si cercherà quindi, nel corso di queste pagine, di chiarire le molteplici ragioni che sono sottese a tale scelta.

2. − Cominciamo subito col precisare chela sentenza n. 16601/2017 non ha, in verità, concesso l'*exequatur* ad una decisione straniera impositiva di *punitive damages*.

Infatti, la pronuncia nordamericana oggetto del giudizio di riconoscimento, conclusosi dinanzi alle sezioni unite, non contemplava alcun capo di condanna ai danni punitivi. Essa conteneva, invece, un ordine, rivolto ad una società italiana, di versare una somma di poco superiore a 1,500,000 dollari in favore di una società statunitense, al fine di rifondere a quest'ultima la spesa sostenuta per avere concluso e, poi, eseguito una transazione con un motociclista che, rimasto vittima di un incidente stradale, aveva subito gravi lesioni fisiche a causa di un difetto di chiusura del casco prodotto dalla società italiana e distribuito dalla società statunitense. Sebbene la decisione estera non facesse esplicita menzione di *punitive damages*, la Corte d'appello aveva comunque proceduto, su istanza dell'impresa italiana, a verificare se una componente sanzionatoria fosse implicitamente compresa nella prestazione pecuniaria complessivamente dovuta; e, dopo aver valutato che l'importo di 1,500,000 dollari risultava in effetti compatibile con l'entità dei danni patiti e dimostrati dal motociclista danneggiato, essa aveva coerentemente negato che la decisione nordamericana contenesse una nascosta liquidazione di danni punitivi. Una valutazione, questa, che, secondo le sezioni unite, attiene al merito della controversia e, pertanto, non può essere rimessa in discussione in sede di legittimità.

Pur restando, dunque, incontrovertibilmente escluso che la fattispecie oggetto di giudizio concernesse i *punitive damages*, la Corte ritiene di potere ricavare dall'«esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema»–dibattito che si è sintetizzato in apertura – quella condizione di «particolare importanza», che secondo l'art. 363, comma 3, c.p.c. consente l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge. E proprio da qui, ovverossia dal principio di diritto enunciato dalle sezioni unite alla fine della sentenza, emerge l'opportunità di un secondo chiarimento.

«Nel vigente ordinamento» – scrive D'Ascola, estensore della pronuncia – «alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha

---

vità, tutela civile dei diritti e danni punitivi cit., 1129 s. e GRONDONA, *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giurista e la politica del diritto*, in *Giustiziacivile.com*, *Approfondimento* del 30 maggio 2017, 10.

[10] V., per tutti, ZOPPINI, *Una tappa che ridefinisce i confini del danno,* disponibile su *mobile.ilsole24ore.com.*

subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile». Parole che, se lette isolatamente, potrebbero essere interpretate come una netta apertura della Cassazione a qualsiasi impiego dello strumento risarcitorio in funzione afflittiva. Si incorrerebbe però in un errore.

Infatti, quella frase, posta all'esordio del principio di diritto, non riassume in maniera adeguata la prudente argomentazione, che la Corte si è opportunamente sforzata di svolgere nella parte motiva della sentenza. Ritagliando invece da quest'ultima i passaggi che autenticamente rivelano il pensiero delle sezioni unite, sarebbe stato meglio scrivere nel principio di diritto – anziché lasciarlo alle pieghe della motivazione – che non è «consentito ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale [o] contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati», ma la «curvatura deterrente/sanzionatoria» del rimedio risarcitorio prende comunque forma attraverso le sole «prestazioni sanzionatorie» che il legislatore progressivamente inserisce tra le sue pieghe. Oppure, usando parole diverse da quelle impiegate nella motivazione, si sarebbe potuto conclusivamente affermare che una dimensione sanzionatoria della responsabilità civile, in effetti, esiste, ma esiste epurata, di necessità, dalla sua attuale componente di origine pretoria. E, al fine di contrastare la prassi giurisprudenziale dei risarcimenti punitivi, sarebbe stato certamente utile scolpire anche nel principio di diritto il solido disposto normativo da cui, secondo le sezioni unite, deriva il divieto per i nostri giudici di attribuire sfumature afflittive al *quantum damni*: non più – come avevano affermato le sentenze del 2007 e del 2012 – il principio di integrale riparazione del danno che la legge ordinaria prescrive per la liquidazione del risarcimento, bensì il principio di legalità che la Costituzione pone a presidio di ogni prestazione patrimoniale di indole sanzionatoria.

3. − Sin qui gli spazi che la pronuncia del 5 luglio non ha certamente schiuso ai danni punitivi. Cerchiamo invece ora di mettere a fuoco l'apertura che le sezioni unite hanno effettivamente realizzato nei confronti di tale istituto.

Dopo aver fugato, mediante il sicuro ausilio della Costituzione, il timore di un consolidamento della prassi giurisprudenziale dei risarcimenti punitivi, la Cassazione afferma che i *punitive damages* non sono ontologicamente in contrasto con il sistema giuridico italiano; e ciò in quanto essi possono comunque trovare tra le «prestazioni sanzionatorie» di fonte legislativa una sede confacente.

Questo, però, non significa che tutte le condanne straniere ai danni punitivi di cui, da questo momento in avanti, verrà domandato l'*exequatur*, potranno fare senz'altro ingresso nel nostro Paese. Infatti, nel prosieguo della motivazione, la Corte rinforza la precauzione già adottata contro la liquidazione giudiziale di risarcimenti punitivi, stabilendo che, così come l'imposizione di prestazioni sanzionatorie di diritto interno, anche il riconoscimento dei *punitive damages* dipende dal rispetto del principio di legalità, e che quest'ultimo, in particolare, soggiace alla condizione che «una legge, o simile fonte» appartenente all'ordinamento straniero assicuri la tipicità

dell'illecito attraverso «la precisa perimetrazione della fattispecie», oltreché la prevedibilità della pena mediante «la puntualizzazione dei limiti quantitativi irrogabili».

Quindi, dopo aver fugato per queste vie la paura di uno straripamento giurisprudenziale della responsabilità civile, le sezioni unite subordinano il riconoscimento dei danni punitivi all'ulteriore condizione che la misura di questi ultimi non violi il principio di proporzionalità, cercando, in questa maniera, di prevenire un altro pericolo che l'istituto potrebbe trascinare con sé: quello, cioè, legato alle liquidazioni esorbitanti operate da giurie popolari intente ad attuare una «politica manicheamente redistributiva» [11]– specialmente – a danno delle *big company*.

Insomma, ascrivendo il principio di legalità ed il principio di proporzionalità alla gamma dei valori che danno corpo al limite dell'ordine pubblico, le sezioni unite riescono a ritagliare uno spiraglio per l'ingresso dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, senza dover temere che questa fessura possa trasformarsi, alla lunga, in uno squarcio [12].

Non sembra, tuttavia, che questa pronuncia sia anche riuscita a fissare definitivamente l'esatta ampiezza di tale spiraglio.

Innanzi tutto, bisogna considerare che esiste un margine di incertezza inevitabilmente connaturato alle condizioni, da cui le sezioni unite scelgono di far dipendere la compatibilità tra l'istituto straniero ed il nostro sistema giuridico. Difatti, se il dettaglio della predeterminazione normativa estera sia sufficiente oppure no a rispettare il principio di legalità e se il *quantum* dei danni punitivi irrogati risulti eccessivo o meno, dovranno giocoforza deciderlo, discrezionalmente, i singoli giudici, a cui in futuro verrà domandato di riconoscere condanne straniere ai *punitive damages* [13].

Ma, soprattutto, occorre rilevare che intorno allo spiraglio aperto dalle sezioni unite ai danni

---

[11] L'espressione usata nel testo è tratta da PONZANELLI, *I* punitive damages *nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.,* 1983, I, 485.

Occorre, però, segnalare gli accorgimenti adottati dagli ordinamenti, che ammettono l'imposizione di danni punitivi, al fine di contenerne le liquidazioni. A questo risultato mira, in primo luogo, la predeterminazione normativa di precisi limiti quantitativi irrogabili (cfr. ad es. il § 6-11-21 dell'*Alabama Code* a mente del quale i *punitive damages* non può superare i 1,500,000 dollari in caso di fatti che abbiano provocato lesioni personali, e non può eccedere i 500,000 dollari in ogni altra ipotesi). In secondo luogo, vi è da ricordare il processo di dimagrimento a cui l'ammontare dei danni punitivi è stato sottoposto ad opera di una serie di successivi interventi della Corte Suprema statunitense (per una descrizione puntuale di questo processo v. FRANCESCA BENATTI, *Correggere e punire dalla* law of torts *all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 76 ss.). Ed in terzo luogo, occorre considerare che il problema delle liquidazioni eccessive dei danni punitivi è pressoché sconosciuto in ordinamenti, quali l'Argentina o la Nuova Zelanda, che, pur avendo imitato il modello giuridico statunitense, hanno scelto di affidare ad un organo giudiziale, anziché alla giuria, la determinazione del *quantum* dei danni punitivi.

[12] Di «piccolo […] varco» aperto dalle sezioni unite ai danni punitivi parla TESCARO, *La riconoscibilità delle sentenze nordamericane di condanna ai* punitive damages, in *Nuovi orientamenti della Cassazione civile. Il diritto vivente fra legge e giurisprudenza*, a cura di GRANELLI, Milano, 2017, 557.

[13] Commentando l'ordinanza di rimessione ed ipotizzando le soluzioni che le sezioni avrebbero potuto adottare, E. D'ALESSANDRO, *op. cit*., 95 sottolineava l'incertezza che sarebbe potuta derivare dall'adozione di un metodo casistico che affidasse al giudice «il delicato compito di determinare, volta per volta e secondo la giustizia del caso concreto», la riconoscibilità dei danni punitivi, paventando che questa discrezionalità sarebbe stata per lo più impiegata per negare la delibazione.

punitivi residuano alcuni margini di incertezza, che qualche accorgimento in più avrebbe invece potuto evitare.

Iniziando dal versante presidiato dal principio di legalità, va anzitutto segnalato che, discorrendo delle prestazioni sanzionatorie di diritto interno e dell'istituto straniero dei *punitive damages*, la Corte sciorina alcuni dei contenuti tradizionalmente compendiati dal brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*: monopolio legislativo sulla selezione dei fatti meritevoli di pena, sufficiente perimetrazione della fattispecie, necessaria predeterminazione normativa dei limiti quantitativi della sanzione. Di modo che, a prima lettura, si potrebbe pensare che le sezioni unite abbiano inteso assoggettare il riconoscimento di sanzioni pecuniarie civili con connotazione afflittiva al principio di stretta legalità [14].

Peraltro, nel testo della sentenza compaiono ulteriori elementi che rendono incerta quell'immediata deduzione. Infatti, nel tentativo di dare un solido fondamento al principio di legalità posto a presidio delle prestazioni sanzionatorie [15], la Cassazione richiama cumulativamente l'art. 25, comma 2, Cost., l'art. 23 Cost., e l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo [16]: disposizioni che l'estensore della pronuncia adopera come se fossero tra loro fungibili, ma che, invero, contengono tre accezioni distinte del principio di legalità, e che condurranno, quindi logicamente, a risolvere in modi diversi i giudizi sulla riconoscibilità dei *punitive damages*.

In particolare, va detto che, tra le norme menzionate dalla Corte, è solo l'art. 25, comma 2, Cost. ad esprimere il principio di legalità in senso stretto comunemente riferito ai reati ed alle pene. Un significato liberale e democratico di legalità che include la riserva assoluta di legge, l'esigenza, ad essa correlata, di tipicità dell'illecito, i corollari di quest'ultima rappresentati dai criteri di precisione e determinatezza della fattispecie [17], ed infine il divieto di analogia.

---

[14] Questa è, per esempio, l'impressione di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la concezione polifunzionale della responsabilità civile,* in *Giustiziacivile.com*, *Approfondimento* del 1 agosto 2017, 6 e di LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi",* in *Danno resp*., 419 ss.

[15] D'altra parte, il cumulo di questi riferimenti normativi rispecchia la varietà delle indicazioni fornite dalla dottrina. Così, ad es. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.,* 2015, I 97 ritiene che le sanzioni civili siano governate dall'art. 25, comma 2, Cost. C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle sezioni unite),* in *Giustiziacivile.com*, 10; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in BUSNELLI e PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3ª ed., Torino, 2013 246; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 331, e NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017, 1 ss. affermano invece che le sanzioni civili sono presidiate dall'art. 23 Cost.

[16] Invero ad ulteriore corredo le sezioni unite richiamano altresì l'art. 24 Cost. e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Ma queste due disposizioni possono fanno, rispettivamente, paio con gli artt. 25, comma 2, Cost. e 7 Cedu: v. *infra* nt. successiva e nt. 20.

[17] Raccordandosi sistematicamente all'art. 25 Cost., l'art. 24 Cost. offre infatti una conferma indiretta dei canoni di precisione e di determinatezza a cui deve uniformarsi la normazione penale: il diritto di difesa garantito dal secondo capoverso della norma risulterebbe infatti svuotato di senso, qualora l'eccessiva genericità del precetto legale impedisse una puntuale contestazione dell'addebito (v. BRICOLA, *sub* art. 25, 2° comma, Cost., *Commentario della Co-*

A questa stregua, condizionare la delibazione dei danni punitivi al rispetto dell'art. 25, comma 2, Cost. significherebbe ammettere le sole versioni dell'istituto che siano fondate su previsioni legislative piuttosto dettagliate, previsioni legislative che abbiano, per esempio, un tenore analogo a quello dell'art. 2315.4 del *Civil Code* della Louisiana, il quale autorizza l'imposizione di *exemplary damages* a carico di chi cagioni un danno ad altri, manovrando un veicolo a motore in stato d'ebbrezza e con atteggiamento di deliberato disinteresse verso i diritti e la sicurezza degli altri consociati. Per contro, i canoni di precisione e di determinatezza della fattispecie, scaturenti dal disposto costituzionale in parola, parrebbero ostacolare il riconoscimento di danni punitivi irrogati dal giudice estero sulla base di presupposti legislativi sfumati come quelli contenuti, ad esempio, nel § 09.17.020 dell'*Alaska Statute*, secondo cui qualsiasi comportamento oltraggioso, malizioso, retto da biechi motivi, o noncurante dell'altrui interesse può comportare l'irrogazione di *punitive damages*. Infine, la riserva (assoluta) di legge stabilita dall'art. 25, comma 2,Cost. precluderebbe senz'altro il riconoscimento di danni punitivi liquidati in dipendenza di presupposti (non cristallizzat iin una disposizione di legge, ma) fissati all'interno di *legal rules* di fonte giurisprudenziale: si pensi, sempre a titolo esemplificativo, alle tassative ipotesi che, delineate a metà degli anni Sessanta nel noto caso *Rookes v. Barnard*, condizionano tuttora la concessione di danni esemplari in Inghilterra [18].

Senz'altro più evanescente di quella appena considerata è l'esigenza di legalità che l'art. 23 Cost. esprime in relazione a qualsivoglia prestazione patrimoniale imposta. La *ratio* democratico-garantista sottesa alla norma in esame si traduce infatti in una riserva di legge (non assoluta, ma) relativa: riserva che, in ragione del suo carattere maggiormente blando, afferma la tipicità dei presupposti da cui dipende l'imposizione della prestazione, senza però stabilire i caratteri determinatezza e precisione della fattispecie [19]. Sicché, riconsiderando i modelli di danni punitivi esemplificati poc'anzi attraverso il più morbido filtro dell'art. 23 Cost., si dovrebbe ammettere anche la delibabilità di condanne ai *punitive damages* emesse in base ai presupposti generici (comportamento oltraggioso, malizioso, retto da biechi motivi o noncurante dell'altrui interesse) indicati dall'*Alaska Statute*. Mentre la riserva (relativa) di legge contenuta nella norma in esame continuerebbe a precludere il riconoscimento di danni punitivi irrogati in applicazione di regole di formazione giudiziale.

Resta, infine, da considerare il peculiare contenuto del principio di legalità, che l'art. 7 della CEDU riferisce ad ogni misura che, a prescindere dalla denominazione formalmente assunta in

---

stituzione, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 257). Questo potrebbe essere il senso della menzione all'art. 24 Cost., che la sentenza delle sezioni unite fa in più punti.

[18]Precisamente, nel caso Rookes v. Barnard, 1 All. ER 367 (Court of Appeal, 1964), Lord Devlin affermò che la concessione di *exemplary damages* deve ritenersi legittima solo nelle seguenti tassative ipotesi: i) *oppressive, arbitrary or uncostitutional action by servants of the government;* ii) *wrongful conduct which has been calculated by the defendant to make profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff;* iii) *when such an award is expressly authorised by statute*.

[19] Così BRICOLA, *Le "pene private" e il penalista*, in BUSNELLI-SCALFI, *Le pene private*, Milano 1985, 50.

seno agli ordinamenti nazionali, risulti nella sostanza riconducibile all'ampia nozione di "materia penale" progressivamente elaborata dalla Corte di Strasburgo. In particolare, va detto che alla legalità europea è connaturato l'intento liberale – comune alle tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law* – di garantire a ciascun individuo la possibilità di decidere consapevolmente come orientare le proprie azioni, conoscendone con certezza le eventuali conseguenze sanzionatorie; e, per contro, risulta ad essa estranea quella componente democratica che – nei soli sistemi di *civil law* – impone di attuare la garanzia predetta attraverso leggi approvate da un'assemblea parlamentare. Perciò, il principio in parola non contempla alcuna riserva di legge e lascia gli Stati liberi di scegliere quale fonte di produzione normativa – legge, *statute*, *regula iuris* giurisprudenziale, *etc*. – risulti meglio adatta ad assicurare la sufficiente predeterminazione del precetto e della pena; predeterminazione che – non avendo quale esclusivo punto di riferimento l'enunciato legislativo – viene usualmente trasposta dalla Corte Edu nei criteri di prevedibilità e di accessibilità della norma – in luogo di quelli di precisione e di determinatezza del testo di legge [20]. Quindi, interpretando nell'ottica europea la condizione di legalità che le sezioni unite riferiscono ai *punitive damages*, si dovrebbe ammettere il riconoscimento di questi ultimi anche quandoregole sufficientemente consolidate nel diritto vivente rendano prevedibilile condizioni e i limiti della loro applicazione [21]. Perciò – rifacendoci ai modelli di danni punitivi già noti – non si potrebbe pregiudizialmente escludere la delibabilità di una condanna inglese agli *exemplary damages* pronunciata – secondo quanto statuito nel caso *Rookes* – nei confronti di un soggetto che abbia realizzato un atto illecito nella consapevolezza che i danni da questo scaturenti sarebbero stati certamente inferiori al lucro derivante dal medesimo.

4. − Dopo aver dato conto degli eterogenei riferimenti normativi che le sezioni unite accostano al principio di legalità e delle incertezze che potrebbero derivarne sul piano del riconoscimento, passiamo alle stringate battute finali che la sentenza dedica al principio di proporzionalità. Un principio che il relatore poggia esclusivamente sull'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, peccando qui – al contrario di quanto fatto nel ricostruire il fondamento del principio di legalità – per difetto. Sarebbe stato forse opportuno segnalare come dal

[20] Nella sentenza delle sezioni unite compare anche l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Quest'ultima ribadisce l'accezione europea di legalità – affermata dall'art. 7 della CEDU in relazione alle misure nazionali – con riguardo agli strumenti sanzionatori adottati dalle istituzioni comunitarie o dai Paesi membri per rafforzare il rispetto del diritto dell'Unione. Per approfondimenti sul tema v. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO e VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 195 ss.

[21] Del resto, a questa terza lettura potrebbe prestarsi il brano della motivazione, in cui le sezioni unite estendono il principio di legalità dalle prestazioni sanzionatorie ai *punitive damages*. Qui la legge viene infatti posta in alternativa con ogni «simile fonte che [pur regolando] la materia "secondo principi e soluzioni" di [un] paese» straniero, riesca comunque a garantire la prevedibilità della sanzione: descrizione, quest'ultima, che potrebbe attagliarsi (oltreché agli *Statutes*, agli *Acts*, ed ogni altro provvedimento di produzione legislativa comunque denominato) anche a *regulae iuris* prodotte e costantemente applicate dalla giurisprudenza nei sistemi di *common law*.

tessuto normativo italiano fosse ricavabile un'esigenza di proporzione ancor prima che, il 7 dicembre 2000, venisse proclamata la Carta di Nizza. Ad esempio, vertendo il discorso intorno a misure di natura privata e a carattere afflittivo, sarebbe senz'altro parso pertinente un cenno alla pronuncia di legittimità con cui sul finire degli anni '90 la Cassazione ha affermato la riducibilità *ex officio* della clausola penale, ravvisando nell'art. 2 Cost. il punto di emersione di un interesse oggettivo dell'ordinamento a garantire l'adeguatezza e la proporzione della sanzione all'illecito, che la stessa è tesa a reprimere e a prevenire[22]. Oppure, più in generale, la Corte avrebbe potuto far luce su talune delle disposizioni costituzionali che contengono un riferimento (espresso o sottinteso) alla proporzionalità (v. artt. 36, 38, 42, 53 Cost.).

Ad ogni modo, per comprendere quale incidenza abbia il principio di proporzionalità sullo spiraglio aperto ai *punitive damages*, ciò che rileva sono i parametri chele sezioni unite prescrivono di adottare per verificare che la dimensione di questi ultimi risulti conforme al primo: vale a dire il «risarcimento riparatorio-compensativo» e la «condotta censurata». Due termini di raffronto che la Cassazione attinge – per sua stessa ammissione – dal suggerimento di una dottrina[23] che, a sua volta, aveva verosimilmente tratto spunto dall'osservazione del sistema giuridico straniero da cui, di solito, proviene l'istituto. Il primo parametro sembra infatti riecheggiare la regola, fissata nel 2008 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, secondo cui il rapporto tra prestazione punitiva (*punitive damages*) e prestazione risarcitoria (*compensatory damages*) deve essere di 1 a 1 per non violare la *Due Process Clause* sancita dal XIV emendamento[24]. Il secondo parametro sembra invece rappresentare la sintesi di una serie di circostanze di fatto (intensità del dolo, durata della violazione, portata della lesione, guadagno realizzato o desiderato mediante l'illecito, entità del nocumento cagionato, *etc*.), che i giudici nordamericani normalmente indicano alle giurie al fine di indirizzare la loro attività di commisurazione dei danni punitivi.

In linea puramente teorica, l'idea di ricavare dalla *law of punitive damages* statunitense i canoni del sindacato di proporzionalità potrebbe apparire convincente.

In primo luogo, questa soluzione sembra trovare – almeno per quanto riguarda le decisioni nordamericane – una legittimazione (indiretta) nell'art. 15, l. n. 218/1995, a mente del quale il giudice italiano è tenuto ad applicare «la legge straniera […] secondo i propri criteri di interpretazione e applicazione […]».

E, in secondo luogo, il riferimento alle regole di liquidazione dei *punitive damages* vale ad evitare soluzioni intrinsecamente contraddittorie consistenti nello statuire, da un canto, che il modello giuridico in parola non è in contrasto con l'ordine pubblico e precisare, dall'altro canto, che i danni punitivi non possono essere riconosciuti, ogniqualvolta il loro ammontare non risulti proporzionato all'entità del danno risarcibile[25]: ciò che – appare logico – accadrà (quasi) sem-

---

[22]Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, in *Corr. giur*., 2000, 68 ss.

[23] E, segnatamente, da E. D'ALESSANDRO, *op. cit*., 95.

[24] Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471 (United States Supreme Court, 2008).

[25] Soluzione, questa, adottata da*Cour de cassation*, *1ère ch. civ.*, 1° dicembre 2010, N. 09-13303, in *RecueilDalloz*,

pre, posto che la funzione di questa categoria di *damages* non è quella di elidere il nocumento patito dalla vittima di un atto illecito – a questo fine sono rivolti non i *punitive*, ma i *compensatory damages* – bensì quella di punirne l'autore e di impedirne la reiterazione.

Se (ri)guardato in prospettiva applicativa, il giudizio di proporzionalità prescritto dalle sezioni unite in relazione ai *punitive damages* mostra alcune criticità, che contribuiscono a rendere viepiù incerto lo spiraglio ritagliato per l'ingresso dell'istituto nel sistema giuridico italiano.

Così, da un lato, bisogna sapere che il parametro del «risarcimento riparatorio-compensativo» potrebbe non emergere dalla decisione straniera di cui viene domandato l'*exequatur*. Può infatti accadere che i *punitive damages* vengano liquidati, anziché accanto ai *compensatory damages*, in dipendenza di una pronuncia di mero accertamento dell'illecito (*nominal damages*)[26]. Oppure, può capitare che la sentenza estera condanni il responsabile di un illecito a pagare una somma globale, genericamente denominata *damages*, senza distinguere tra l'importo dovuto a titolo di danni compensativi ed importo dovuto a titolo di danni punitivi[27].

E, da altro lato, occorre considerare che il parametro della «condotta censurata» potrebbe risultare inutilizzabile a causa della sua connotazione prettamente empirica. Infatti, il giudice della delibazione ha, di regola, a disposizione soltanto il prodotto giudiziale estero, e non può fare affidamento sugli elementi fattuali e sui mezzi di prova ordinariamente necessari per giudicare la gravità della violazione commessa dal responsabile.

Per tutte queste evenienze nient'affatto remote, le sezioni unite avrebbero fatto bene a chiarire se l'impossibilità di accertare la proporzionalità dei danni punitivi liquidati dalla sentenza straniera precluda oppure apra la strada al riconoscimento; componendo, così, sul nascere il contrasto che sembra profilarsi tra l'opinione, espressa di recente nella letteratura civilistica, secondo cui la mancata verifica della ragionevolezza e della proporzionalità del risarcimento dovrebbe impedire la delibazione[28] e l'indicazione, genericamente formulata dalla dottrina internazional privatistica, secondo cui il mancato accertamento di requisiti ostativi di riconoscibilità

---

n. 6/2011, 10 febbraio 2011, 423 ss. con nota di F.-X. LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation?*, e, in seguito, da*Cour de cassation*, *1ère ch. civ.*, 7 novembre 2012, N. 11-23871, in *www.legifrance.gouv.fr*. Entrambe le pronunce recano infatti il principio di diritto, secondo cui «*alors que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations du débiteur*».

[26]Cfr., ad es., A. I. OGUS, *The Law of Damages*, London, 1973, 50.

[27] Questo è il caso delle prime due sentenze nordamericane giunte all'esame della S.C. italiana (rispettivamente nel 2007 e nel 2012). La mancata differenziazione delle singole voci di danno è da porre in correlazione con l'istituto procedurale del *general verdict.* Per comprendere in che cosa consista questo istituto, occorre sapere che nel *trial by jury* statunitense il giudice può, a sua discrezione, scegliere di rimettere la decisione alla giuria rivolgendole domande puntuali di modo che essa formuli *findings* dettagliati, oppure decidere di lasciare alla giuria la possibilità di formulare un dispositivo generico e vago: nel primo caso, si avrà uno *special verdict*; nel secondo, si avrà un *general verdict*. Così, ad esempio, il *final judgment* emesso dalla Corte dell'Alabama sulla base di un *general verdict*, che ha portato poi alla sentenza Cass. n. 1183/2007 cit., era di questo tenore: «[*j*]*udgment is rendered in favor of the plaintiffs and against the defendant in the sum of one million $ and all costs*».

[28] In questo senso C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi* cit., 22.

(i.e., nel nostro caso, della contrarietà all'ordine pubblico di *punitive damages* eccessivi) conduce alla concessione dell'*exequatur*[29].

5. – Sin qui i limiti che la pronuncia delle sezioni unite presenta nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale. Mutando angolo visuale, passiamo invece ora ad analizzare i contenuti della sentenza che precipuamente riguardano il diritto privato.

La Cassazione – lo si è già detto, ma non è superfluo ribadirlo –afferma che il sistema della responsabilità civile tende assumere una struttura polifunzionale e che, in particolare, sempre più marcata diviene la sua curvatura deterrente/sanzionatoria; avendo, però, cura di limitare subito la portata di tale affermazione attraverso l'espresso chiarimento secondo cui il legislatore è l'unico legittimo artefice di quella metamorfosi.

Inoltre, confrontando la decisione delle sezioni unite con l'ordinanza interlocutoria, si riesce ad intravedere anche un ulteriore accorgimento. Infatti, nell'attingere dal provvedimento di rimessione il catalogo degli segnali che testimonierebbero l'evoluzione in senso sanzionatorio della responsabilità civile, le sezioni unite espungono il riferimento, che il primo invece conteneva, alle modulazioni pretorie del risarcimento del danno non patrimoniale in funzione punitiva.

L'indicazione, per tali modi, fornita dai giudici di legittimità sembra da interpretare nel senso di un divieto, indirizzato al diritto vivente, di far entrare nella liquidazione del danno non patrimoniale profili attinenti alla gravità soggettiva dell'illecito che, non traducendosi in un aggravio del pregiudizio sofferto dalla vittima, facciano assumere alla prestazione risarcitoria una dimensione eccedente il suo scopo riparatorio, e, così, una nuance punitiva. Per contro, il *dictum* della Corte dovrebbe lasciar sopravvivere in capo ai nostri giudici la possibilità di elevare l'importo del risarcimento, tutte le volte in cui la peculiare riprovevolezza del comportamento tenuto dal responsabile si rifletta in un incremento delle conseguenze dannose patite dalla vittima. E ciò in quanto quest'ultima modalità di liquidazione del *quantum damni*, a differenza di quella di cui si è detto prima, (non tradisce, ma) assicura il pieno conseguimento della normale funzione compensativa della responsabilità civile[30].

Questa – ad avviso di chi scrive – è l'unica lettura che riesce a conciliare due valori costituzionali, che senz'altro riguardano la materia della responsabilità e che vengono enunciati dalle sezioni unite. Ci si riferisce, da un canto, alla riserva (relativa) di legge che, sancita dall'art. 23 Cost. con riguardo a qualsiasi prestazione patrimoniale imposta, proibisce di allargare le maglie dell'obbligazione risarcitoria per inserirvi delle componenti pecuniarie che, non avendo come

---

[29] In questo senso E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 352 ss.

[30] Si tratterebbe, in sostanza, di seguire la misurata (e, a mio avviso, persuasiva) impostazione suggerita da NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, in PATTI e DELLE MONACHE, *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 40 s.

presupposto e quale orizzonte il danno, non trovano un titolo di legittimazione negli artt. 2043 ss. c.c. [31].E si allude, d'altro canto, all'«esigenza di effettività» che, se non consente la creazione per via pretoria di forme nuove di tutela, comunque richiede ad ogni operatore del diritto di adottare tutti gli aggiustamenti necessari a migliorare il funzionamento delle forme di tutela già esistenti nell'ordinamento [32]; e, quindi, per quanto qui interessa, autorizza il giudice a commisurare la prestazione risarcitoria, avvalendosi di tutti gli indici che possano servire alla ricostruzione della reale dimensione del danno non patrimoniale [33].

6. – Dopo aver fatto luce sui confini tracciati dalle sezioni unite intorno alla liquidazione giudiziale del risarcimento del danno, spostiamoci ora all'infuori di essi, per osservare da vicino quella curvatura deterrente/sanzionatoria, che consente ai giudici di legittimità di affermare la non contrarietà dei *punitive damages* all'ordine pubblico.

Profittando degli sforzi di ricognizione anteriormente compiuti dall'ufficio del massimario e da un precedente di legittimità in tema di *astreinte* [34]– oltreché, come si è già detto, dall'ordinanza di rimessione – le sezioni unite compilano un catalogo di figure normative piuttosto eterogenee. Un catalogo che comprende, accanto a prestazioni sanzionatorie che, allo stesso modo dei danni punitivi, l'autore dell'illecito è tenuto pagare in favore del soggetto privato che ne è vittima (cfr., ad es., l'art. 12 l. n. 47/1948, l'art. 3, comma 3, l. 18 giugno 1998, n. 192,

---

[31] Sull'applicabilità dell'art. 23 Cost. all'obbligazione risarcitoria si vedano le argomentazioni svolte da GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in COMPORTI e SCALFI, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 259 ss.

[32] Contro l'utilizzo dell'effettività in funzione espansiva dell'apparato rimediale C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 56 asserisce che «la qualificazione di effettività presuppone che la tutela esista già, non può diventare essa stessa fonte della tutela». E nello stesso senso si esprime NIVARRA, *op. cit*., secondo cui «l'effettività implica una forma di tutela già nota al sistema, della quale vanno corrette le insufficienze proprio allo scopo di renderla effettiva». Favorevole ad un più incisivo uso del principio di effettività (quantomeno) nella liquidazione del danno non patrimoniale sembra essere C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ela concezione polifunzionale della responsabilità civile* cit., 9, nel momento in cui afferma che, nel caso del danno non patrimoniale, «la difficoltà di individuare, e di provare, una perdita […] potrà rendere particolarmente adeguato, ed appunto effettivo, il rimedio consistente nella condanna del responsabile al pagamento, in favore della vittima, di una somma di denaro quantificata in relazione ai criteri della gravità dell'elemento soggettivo dell'illecito e dell'entità dell'offesa arrecata al valore della persona presidiato dalla norma». Ancor più nitida è l'opinione formulata da GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni), in Dir. civ. cont., 31 luglio 2016*,secondo cui «la questione dei danni punitivi» rileva in modo particolare «nell'area del danno non patrimoniale, laddove il *quantum* risarcibile certo non può essere letto quale monetizzazione del pregiudizio, aprendosi così i margini per il ricorso a un rimedio costruito caso per caso appunto sulla base dell'effettività della tutela», ovverossia ad un «rimedio […] consonante con il sentimento del diritto storicamente considerato».

[33] Così il giudice potrà, ad esempio, risalire all'entità del danno morale patito dalla vittima considerando la gravità dell'elemento soggettivo dell'illecito (si pensi alla sofferenza emotiva particolarmente intensa che può derivare dall'uccisione dolosa di un familiare in occasione di un agguato mafioso).

[34] Si tratta di Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Giur. it*., 2016, 562, con nota di MENDOLA, Astreinte *e danni punitivi*, e di DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile.*

gli artt. 96, comma 3 e 614-*bis*c.p.c.), anche prestazioni sanzionatorie che il responsabile della violazione è, invece, tenuto a versare al bilancio dello Stato (v. l'art. 140, comma 7, cod. cons., l'art. 31, comma 2, l. 27 luglio 1978, n. 392, e gli artt. 3-5 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7)[35], e perfino sanzioni monetarie che la legge espressamente qualifica come "amministrative" (tale è, ad es., quella comminata dall'art. 709-*ter*, comma 2, n. 4, c.p.c.). Quindi, dopo aver formato un variegato elenco di prestazioni con contenuto pecuniario e tono sanzionatorio, la Corte afferma che ciascuna di queste figure dovrebbe essere preferibilmente ascritte al sistema della responsabilità civile.

Se, per un verso, si può dubitare che tutte le ipotesi legislative in parola sottendano una natura giuridica unitaria, per altro verso, si può negare con fermezza che essevadano ricondotte allo statuto risarcitorio. Numerose sono infatti le ragioni che suggeriscono di non aderire alla sistematizzazione, suggerita dalle sezioni unite, per le prestazioni sanzionatorie.

Una prima ragione può esser ricavata dal confronto tra lo statuto risarcitorio e le disposizioni che contengono delle prestazioni sanzionatorie. Nell'ambito del primo, le conseguenze pregiudizievoli, che concretamente si esprimono nella sfera della vittima dell'illecito (i.e., il danno), rappresentano un elemento costitutivo necessario della fattispecie di responsabilità civile; e, in quanto tali, esse sono dotate di una rilevanza giuridica che puntualmente si riverbera nella disciplina della prestazione risarcitoria. Così, in primo luogo, la sussistenza del danno ha una portata condizionante in ordine alla produzione dell'effetto giuridico risarcitorio che – come è noto – si risolve nella seguente alternativa: se danno c'è, vi è risarcimento; se danno non c'è, neppure vi è risarcimento (arg. *ex* artt. 1218 e 2043 c.c.). Ed, in secondo luogo, la consistenza di quelle medesime conseguenze pregiudizievoli riveste un rilievo decisivo sul piano della specificazione del contenuto dell'effetto giuridico, atteso che la misura della prestazione risarcitoria deve riflettere con esattezza la dimensione di esse (arg. *ex* art. 1223 c.c.). Per contro, la curvatura deterrente/sanzionatoria delineata dalle sezioni unite è (per lo più[36]) composta da norme che ricollegano

---

[35] Figure normative di tal genere potrebbero esser accostate, più che ai *punitive damages,* all'*amende civile* che l'art. 1266-1 del *projet de réforme de la responsabilità civile* (presentato in Francia il 13 marzo 2017) commina a carico di chiunque cagioni un danno ad altri realizzando un comportamento deliberatamente lucrativo (per un'analisi dettagliata di questa nuova misura si veda EMMANUEL DREYER, *La sanction de la faute lucrative par l'amende civile*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 1136 ss.). Analogamente alle prestazioni sanzionatorie menzionate nel testo e a differenza dei danni punitivi, l'*amende civile* non è destinata al soggetto privato vittima dell'atto illecito, ma va a beneficio di un «*fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi*» o, in mancanza, del «*Trésor public*». La scelta di assegnare ad un fondo, anziché al danneggiato, la somma dovuta a titolo di sanzione si fonda sull'esigenza di prevenire ingiustificati arricchimenti (lo spiega il ministro francese della giustizia Jean Jacques Urvoas, nella *Prèsentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*) e comporta l'assenza di un incentivo adeguato, rivolto al soggetto leso, a farsi *private prosecutor* e ad assumere le iniziative giudiziali necessarie a reprimere una condotta illecita specialmente riprovevole. Sicché, per assicurare l'effettività dello strumento, l'art. 1266-attribuisce al *ministère public* (oltre che alla vittima) il potere di domandare la condanna del responsabile di un fatto lucrativo al pagamento di una *amende civile*.

[36] L'inciso si riferisce, in primo luogo, agli artt. 158 l. 22 aprile 1941, n. 633, e 125 d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30. Queste due disposizioni riconnettono una prestazione risarcitoria ad un atto illecito dannoso e prescrivono di liquidarne l'ammontare (anche) in base al profitto realizzato dall'autore della violazione, indicando, così, al giudice di

una prestazione pecuniaria al perfezionarsi di una fattispecie illecita che non contempla il danno fra i suoi elementi costitutivi, regolandone, poi, la commisurazione in base a criteri diversi da quello – invece, esclusivo nella liquidazione del risarcimento – consistente nella dimensione del pregiudizio provocato dall'illecito; con il risultato di lasciare confinati nell'area dell'irrilevanza giuridica le conseguenze pregiudizievoli eventualmente scaturenti da tale fatto.

Una seconda ragione contraria alla sistematizzazione proposta dalle sezioni unite emerge dall'angolo delle prestazioni sanzionatorie. Come correttamente nota la S.C., l'ordinamento italiano ricorre a queste misure, eccezionalmente orientate alla dissuasione ed alla repressione di fatti illeciti, per risolvere problemi, via via, emergenti dal tessuto sociale: talora il cattivo funzionamento della macchina giurisdizionale (cfr. l'art. 96, comma 3, c.p.c. e l'art. 26, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), talaltra l'endemico ritardo nell'adempimento di certe obbligazioni pecuniarie (cfr. l'art. 3, comma 3, l. 192/1998 e gli artt. 2 e 5, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), altre volte ancoral'utilizzazione abusiva del contratto di lavoro a termine (cfr. l'art. 28, comma 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), e così via discorrendo. Ora, introducendo prestazioni sanzionatorie tese ad eliminare problemi di questo genere, il legislatore non si preoccupa minimamente dell'inquadramento dogmatico della soluzione adottata e finisce, così, per lasciare un numero non piccolo di vuoti nella disciplina delle figure introdotte. E questi vuoti non possono esser colmati, ponendo spontaneamente mano alle regole che compongono lo statuto risarcitorio. Lo impediscono, per un verso, il ruolo catalizzante che la compensazione del danno riveste in seno a quest'ultimo e, per converso, l'irrilevanza che il danno assume nell'ambito delle fenomeno normativo in parola. Piuttosto, l'«esigenza di effettività» della tutela dovrebbe, in questo caso, suggerire all'interprete di riempire quelle lacune, cercando regole meglio adatte ad assicurare il conseguimento della funzione di deterrenza e di punizione che la legge assegna alle prestazioni sanzionatorie.

Un'ultima ragione avversa alla sistematizzazione operata dalle sezioni unite affiora dal terreno della responsabilità civile. Lo spazio di equivoca indistinzione, in cui i giudici di legittimità vorrebbero far confluire risarcimento del danno e prestazioni sanzionatorie, potrebbe offrire, sul piano teorico, un argomento sistematico alla fazione "guelfa" della responsabilità civile ed incoraggiare, all'atto pratico, i nostri giudici a creare sanzioni pecuniarie nuove, profittando della clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c.[37]. Un pericolo quest'ultimo che, rischiando di

---

desumere il danno da lucro cessante, patito dal titolare del diritto leso, attraverso la considerazione dell'utile realizzato dal responsabile mediante l'illegittimo sfruttamento della privativa.

In secondo luogo, deve esser ricondotto al sistema della responsabilità civile l'art. 709-*ter*, comma 2, nn. 2 e 3. Anche se connessa al compimento di «gravi inadempienze» da parte di uno dei genitori, la sanzione prevista dalla norma è il risarcimento dei danni sofferti dall'altro genitore o dal figlio minore; sicché la sua irrogazione dipende (anche) dall'accertamento dei presupposti fissati dagli artt. 2043 o 2059 c.c.

[37] Emblematico, in questo senso, è il ragionamento svolto, a margine di Cass., sez. un., 16601/2017, da MONATERI, *Le sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile*, 2017, 419 ss. Pur prendendo atto del limite di legalità fissato dalle sezioni unite in relazione alle prestazioni sanzionatorie, l'Autore riesce comunque ad argomentare che i giudici italiani possono legittimamente irrogare risarcimenti punitivi (come già aveva fatto in ID., *Manuale della re-*

vanificare – per una sorta di eterogenesi dei fini – le precauzioni adottate dalle sezioni unite contro la liquidazione di risarcimenti sanzionatori, rappresenta l'ennesima ragione per cui ancora oggi, nonostante il recente intervento nomofilattico della Corte di cassazione, ha ancora senso domandarsi se il sistema giuridico italiano stia procedendo verso il riconoscimento dei danni punitivi.

---

sponsabilità civile, Torino, 2001,228-230 e 245-250),istituendo una connessione – connessione, a nostro avviso, favorita dalla sistematizzazione proposta dalla S. C. – tra le prestazioni sanzionatorie di fonte legislativa e l'art. 2056 c.c.: disposizione, quest'ultima, «in cui il giudice», secondo Monateri, sarebbe «legislativamente chiamato, in presenza di dolo o colpa grave, a parametrare la liquidazione equitativa del danno "a tutte le circostanze del caso concreto", ovvero alla condotta tenuta dal convenuto».

JUS CIVILE

GIORGIO DE NOVA

Professore emerito – Università degli Studi di Milano

UNA LETTURA OGGI DI "LE FONTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO" *

Nel suo libro del 1969 sulle fonti di integrazione del contratto Rodotà muove dall'art. 1374.

Osserva che è vero che l'art. 1374 è collocato nel Capo V degli effetti del contratto, ma che questa collocazione «*si spiega agevolmente con l'adesione del legislatore* (…) *alla predominante ideologia della fattispecie ed alla tradizionale veduta che fa dell''attività delle parti la fonte esclusiva del regolamento contrattuale*», e che l'interprete non è vincolato alle enunciazioni teoriche del legislatore (p. 92); che l'integrazione non si limita al riempimento di lacune (è tale il caso del 1349, ma non il caso del 1340); che ci si sta accorgendo di un problema vero «*poiché in una molteplicità di casi, sempre più frequente a causa dei meri rinvii che le parti fanno ad un tipo contrattuale, spetta al giudice il compito di determinare in concreto la portata del regolamento, è ai poteri del giudice che deve essere rivolta l'attenzione, al tempo stesso che si pongono in rilievo i legami tra interpretazione* (*cosiddetta integrativa*) *e tipo contrattuale*» (p. 98); che «*apparentemente articolato intorno ai due poli dell'accordo delle parti e della determinazione legale»* (p. 103), il sistema delle fonti del regolamento contrattuale si struttura diversamente per il rinvio che l'art. 1374 fa all'equità e in relazione alla correttezza *ex* art. 1175 e alla buona fede *ex* art. 1375 (che Rodotà aggiunge all'equità), per concludere che «*il sistema delle fonti del regolamento contrattuale contempla, in definitiva, l'attività delle parti, la determinazione legale, la determinazione ad opera del giudice*» (p. 104).

Quando negli anni appena successivi al 1969 ho affrontato il tema del tipo contrattuale ho scelto la via dell'analisi di come il giudice, in presenza di un contratto atipico, possa costruire una disciplina adeguata, traendola dalle discipline legali dei contratti tipici, e dunque una via diversa da quella proposta da Stefano Rodotà, che valorizza equità, correttezza e buonafede. Avevo allora notato che la tendenza dei giudici alla tipizzazione riduceva nei fatti la determinazione del regolamento contrattuale ad opera del giudice (p. 8), e che un invito a scoprire le carte e a motivare invocando la buona fede, invece che riconducendo il contratto ad uno o più tipi, avrebbe avuto «*un sapore prevalentemente moralistico*» (p. 57, nota 192).

Leggo ora, di Stefano, *Il moralista militante,* un librettino che riproduce la premessa all'«*Elogio del moralismo*», in cui egli esordisce dicendo di essere un «*vecchio*, *incallito mai pentito moralista*», e si fa struggente l'impossibilità di riprendere di persona le nostre discussioni.

Ma provo a farlo lo stesso, e mi pongo un quesito che mi pare centrale.

---

* Relazione al convegno "*Il diritto civile di Stefano Rodotà*" tenuto a La Sapienza il 26 ottobre 2017.

Quei lavori del 1969 (e, se posso aggiungere facendo riferimento anche al mio, del 1974) affrontavano soprattutto il caso del contratto domestico, nel quale appunto le parti poco scrivono nel loro accordo, e per il resto rinviano alla legge, lasciando spazio all'intervento del giudice, vuoi per via della tipizzazione, vuoi per via del ricorso alle clausole generali.

Ma, mi chiedo oggi, quelle prospettive sono adeguate anche ai contratti c.d. completi, ai contratti predisposti dalle parti in modo estremamente analitico, spesso ispirati a ordinamenti diversi dal nostro, e che le parti predispongono con la precisa intenzione che nessuna integrazione operi in base alla legge applicabile (che si identifica solo perché non se ne può fare a meno) e tanto meno per intervento del giudice?

Mi pare evidente che la risposta sia negativa. In relazione a tali contratti, che sono sempre più frequenti, anche da noi, e spesso sono i più importanti, la prospettiva deve essere diversa.

In questi contratti, che per comodità chiamo contratti alieni, le parti intendono regolare in modo esaustivo i loro rapporti, e non vogliono l'intervento integrativo né della legge applicabile, né del giudice. Che non vogliano l'intervento del giudice risulta in modo palese dalla previsione di definizioni contrattuali e di clausole sull'interpretazione, dalla previsione di *merger clauses*, che vogliono evitare il rischio che il giudice dia rilevanza ai comportamenti delle parti anteriori alla conclusione del contratto, dalla previsione della forma scritta per ogni modifica al contratto, al fine di evitare che il giudice dia rilevanza al comportamento successivo delle parti, dalla previsione di clausole di *severability,* che vogliono evitare che il giudice deduca dalla nullità di una clausola la nullità dell'intero contratto, dalla previsione di clausole *no waiver,* che vogliono evitare che il giudice deduca una decadenza dell'inerzia di una parte nel lamentare un inadempimento dell'altra, dalla previsione di clausole di limitazione della responsabilità e di clausole penali, che vogliono evitare che sia il giudice a determinare il danno.

Di fronte a questi contratti il problema non è quello di costruire il regolamento contrattuale con il concorso di più fonti (l'attività delle parti, la determinazione legale, la determinazione ad opera del giudice).

Qui il problema è di verificare se l'ordinamento in base al quale il contratto alieno è stato elaborato si ponga o meno in contrasto con la legge applicabile, in ipotesi il diritto italiano. Si pone, alla fine, in termini che richiamano quelli di un possibile contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

La questione è estremamente delicata, perché il conflitto si pone tra l'esigenza di non rendere il nostro ordinamento ostile a questi contratti, il che porterebbe inevitabilmente alla scelta di una legge applicabile diversa dal diritto italiano, e l'esigenza di salvaguardare i principi fondamentali del diritto italiano dei contratti.

Un solo esempio perché il discorso sia più chiaro.

Le parti che predispongono un contratto di vendita di partecipazioni sociali di controllo, un cd. *Sale and Purchase Agreement*, adottano un modello angloamericano, e negoziano con estrema attenzione le *Representations & Warranties* e la loro durata, e le relative *Indemnity*, con i loro tetti, nella consapevolezza dello stretto legame tra queste previsioni contrattuali e il prezzo.

Ebbene, se ad un siffatto contratto, che rimane fermo, si applica l'art. 1337, secondo la soluzione adottata dalla corrente della nostra Corte di Cassazione, che vede nell'art. 1337 un rimedio volto a rettificare l'equilibrio contrattuale tramite il risarcimento del danno, lo scontro tra culture giuridiche (se non si vuol dire tra ordinamenti) si fa palese.

La questione ha rilevanza pratica.

Anche da noi sta prendendo piede l'assicurazione del rischio delle *Representations and Warranties*. È chiaro che un'applicazione senza limiti del 1337 ad un *Sale and Purchase Agreement* ritenuto "sconveniente" porrebbe in discussione l'utilità stessa di tale assicurazione.

JUS CIVILE

LIVIO PERRA

Dottore in Giurisprudenza – Università di Cagliari

LA NATURA: SUJETO DE DERECHOS?

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. L'evoluzione del pensiero. – 2.1. I diritti degli animali. – 2.2. Il fondamento dell'idea della Natura come soggetto. – 2.3. La Cosmovisione andina e il diritto. – 3. Il Buen Vivir / Vivir Bien, la Natura come soggetto di diritti e i diritti della Madre Terra – 3.1. L'Ecuador. – 3.2. La Bolivia. – 3.3. I diritti della Natura sono o non sono diritti soggettivi? – 4. Riflessioni. – 4.1. La Natura: capacità, incapacità, rappresentanza e tutela. – 4.2. La legittimazione ad agire in giudizio e le azioni. – 5. Conclusioni e la potenziale ispirazione per il diritto italiano.*

1. – La questione della presunta esclusività dell'essere umano come titolare di diritti ha richiamato sempre grande attenzione. I dubbi dei penalisti sul bene giuridico nei delitti di maltrattamento di animali sono eloquenti a riguardo. Nei delitti ecologici la questione si rinnova.

Finalmente, con il neocostituzionalismo latinoamericano il dibattito si sviluppa ad un livello teorico più ampio, che ne rende ineludibile la trattazione, anche nel nostro ordinamento. Le previsioni legislative di alcuni Stati latinoamericani affrontano il tema e aprono, in maniera dirompente, notevoli spunti teorici, ma soprattutto nodi da sciogliere [1]. In particolare, gli ordinamenti giuridici di Ecuador e Bolivia disciplinano i diritti della natura. La natura non è più solo un oggetto, ma bensì un soggetto titolare di diritti.

Come afferma Serena Baldin, si tratta di una concezione innovativa: "la grande scommessa del nuovo costituzionalismo andino risiede in un diverso contratto sociale che, imputando le diseguaglianze all'asservimento della natura da parte dell'uomo, viene ora stipulato fra la natura stessa e le persone, queste ultime intese sia come singoli che come comunità, popoli, nazioni. Si ravvisa in tale cambio di prospettiva il sorgere di una nuova forma di Stato, il c.d. *caring state*, ossia lo Stato che considera i bisogni degli esseri umani in modo olistico, includendo anche aspetti emozionali e culturali derivanti dalle tradizioni autoctone, e che rifiuta il modello neoliberale dominante" [2]. L'impostazione dei testi legislativi ecuadoregni e boliviani presenta elementi di originalità: "il tratto più originale dei due testi costituzionali è offerto dai richiami alla

[1] Così E. R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, in *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, a cura di A. Acosta e E. Martínez, Abya-Yala, 2011, 25, afferma: i penalisti per primi dubitano dell'esclusività della titolarità dei diritti degli esseri umani nei discorsi sul bene giuridico nei delitti di maltrattamento degli animali. La questione, passando per i delitti ecologici, approda con il neocostituzionalismo latinoamericano a riflessioni non trascurabili.

[2] S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Vis. Lat. Am.*, 10, 2014, 30.

cosmovisione andina [3], *sumak kawsay* in lingua quechua e *suma qamaña* in aymara, *buen vivir* o *vivir bien* nella versione castigliana. Con una perifrasi, questi termini indicano l'esistenza in armonia con la collettività e con la natura, dove la sfera privata e quella comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale, sono concepite come interdipendenti" [4].

Il percorso che conduce alla concezione della natura come soggetto titolare di diritti si snoda in alcune tappe significative.

La tematica dei rapporti tra la natura e l'uomo è, da sempre, oggetto di interesse e studio, da Aristotele, agli epicurei, a Lucrezio nel *De rerum natura*, a Calvino.

2. – L'idea che gli animali e più in generale la natura siano titolari di diritti è il frutto di una evoluzione storica ed è l'attuale recupero dei valori delle culture indigene.

Questo è avvenuto anche grazie al cambio di sensibilità sul tema nel tempo. È necessario, pertanto, analizzare le tappe che hanno portato a questa evoluzione nel pensiero.

2.1. – Come sostenuto da Eugenio Raúl Zaffaroni, in una prima fase vi sono le concezioni teocratiche nelle quali il Creatore ha posto un essere superiore, l'unico dotato di anima, in un habitat creato per servirgli, gli animali sono classificati gerarchicamente in base alle somiglianze fisiche e psichiche con l'uomo.

Nel medioevo non mancano processi nei tribunali [5] contro animali che si concludono, addirittura in alcuni casi, con la scomunica di sanguisughe, topi e altri parassiti. Alcuni strascichi di questa concezione si sono mantenuti anche nell'Argentina di fine secolo XIX, dove i cani venivano massacrati per prevenire la rabbia. Il maggior picco si rintraccia, inoltre, nell'ultima dittatura argentina quando su disposizione dell'intendente Cacciatore [6] venivano uccisi i cani che si

---

[3] Come pone l'accento F. HUANACUNI MAMANI, *Buen vivir / vivir bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010, 24, ogni cultura ha un proprio modo di "vedere, sentire, percepire e proiettare il mondo" (Cosmovisione o Visione Cosmica). Quella dei popoli nativi andini e delle prime Nazioni del Nord America si estrinseca nelle relazioni della vita. Le nazioni dell'*Abya Yala* hanno in comune l'attenzione per la vita in armonia ed equilibrio con l'ambiente. Secondo N. PACARI, *Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas*, in *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, a cura di A. Acosta e E. Martínez, Abya Yala, 2009, 33 s.. citata da R. F. ÁVILA SANTAMARÍA, *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, in *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, a cura di A. Acosta e E. Martínez, Abya-Yala, 2011, 190, per i popoli indigeni, tutti gli esseri della natura hanno una energia [*samai*] e, di conseguenza, hanno vita. La Terra, o meglio la madre terra [*allpamama*] genera la vita e "senza di essa, si cade nel nulla, semplicemente siamo il nulla o non siamo nulla, come dicono i nostri nonni".

[4] S. BALDIN, *I diritti*, cit., 28.

[5] L'animale è un capro espiatorio sul quale esercitare il potere punitivo per evitare che la violenza si concentri su alcuni uomini, potenti o degni di compassione. Ad esempio nel caso di un bambino ucciso da una scrofa, veniva ucciso l'animale per evitare che la pena ricadesse sulla madre negligente.

[6] Osvaldo Cacciatore è il sessantaduesimo *intendente de Buenos Aires* dal 2 aprile 1976 al 31 marzo 1982.

aggiravano soli per le strade e non erano puniti i responsabili della creazione del rischio per l'uomo, che avevano lasciati liberi i cani su strade pubbliche. Da questo argomento si ricava che dal XII secolo e fino all'illuminismo vi era la considerazione di una certa dignità nell'animale, seppur non paragonabile a quella umana. Si tratta del riconoscimento di una sorta di responsabilità, non di veri e propri diritti soggettivi, personalità e capacità.

Si passa, poi, al contrattualismo razionalista e alla concezione kantiana, secondo la quale non sono riconosciuti diritti agli animali, ma indirettamente, facendo leva sul concetto della dignità umana, l'uomo ha obblighi nei loro riguardi. Si deve evitare la crudeltà verso gli animali perché può portare a ripeterla nei confronti dell'uomo.

Va ricordata, ancora, l'idea pragmatica utilitaristica di Jeremy Bentham che non configura i diritti degli animali come diritti naturali derivanti da un contratto, ma riconosce i diritti agli animali, in quanto esseri sensibili, capaci di provare dolore.

Infine, vi è la concezione di Herbert Spencer per la quale gli animali si sono evoluti per eliminazione degli inferiori. Gli uomini superiori sono gli unici titolari pieni dei diritti, che hanno obblighi etici di pietà verso gli animali e gli inferiori, senza esagerare per non privarli della loro evoluzione. Gli animali meritano pietà, ma non diritti in senso stretto.

Nella seconda metà del XIX secolo la questione dei diritti degli animali si insinua nel diritto penale [7] dagli Stati Uniti d'America all'Europa, dove vengono previste progressivamente negli anni delle norme per arginare ed evitare i maltrattamenti e la crudeltà verso gli animali. Anche se inizialmente predomina l'idea di un delitto contro la moralità, si aprono le ricerche del bene giuridico tutelato, questione ancora oggi dibattuta.

Nel delitto di maltrattamento degli animali si ravvisa il diritto dell'animale a non essere oggetto della crudeltà umana [8].

A chi critica l'idea dei diritti degli animali, adducendo che non possa essere ammissibile il riconoscimento, perché gli animali non possono esigerli esercitando le azioni ed essere ascoltati in tribunale, si può replicare che non regge questa argomentazione, perché esistono molti esseri umani che hanno carenze nella capacità di linguaggio e persone con vizi di mente anche gravi e nessuno negherebbe questo carattere, per non cadere nella tesi del genocidio delle vite senza valore vitale. L'altra alternativa è molto radicale, cioè affermare uno specismo esclusivo la cui dignità è nei geni umani o il creazionismo biblico testuale e sostenere che questi geni hanno una diversa origine divina [9], sostenuta oggi solo da alcune sette isolate, contro tutte le prove scientifiche.

---

[7] Tra i tanti esempi vi è l'articolo 491 del Codice Zanardelli del 1889: "chiunque incrudelisce verso animali o, senza necessità, li maltratta, ovvero li costringe a fatiche manifestamente eccessive, è punito con l'ammenda sino a lire cento. Alla stessa pena soggiace colui il quale, anche per solo fine scientifico o didattico, ma fuori dei luoghi destinati all'insegnamento, sottopone animali a esperimenti tali da destare ribrezzo". Questo articolo è contenuto nel Libro III, Titolo III dedicato alle contravvenzioni concernenti la pubblica moralità.

[8] Zaffaroni stesso riconosce che si tratta dell'opinione della dottrina penalistica minoritaria.

[9] Tesi che Zaffaroni ritiene insolita e propria di alcune sette isolate, priva di qualsiasi fondamento scientifico.

La legge argentina identifica l'animale come vittima, essendo titolare del bene giuridico nel delitto di maltrattamento ed il diritto civile, anche sotto gli influssi della corrente ambientalista europea sulle norme [10], pone gli animali in una posizione intermedia tra le cose e l'essere umano.

2.2. – Fin qui il discorso sui diritti degli animali e sulla loro possibilità di essere soggetti di diritti, di essere titolari di diritti, ma bisogna soffermarsi sulla questione relativa a come la natura possa essere considerata soggetto titolare di diritti. Il tema da animalista diviene, a tutti gli effetti, una problematica ecologica.

Gli ingenti danni all'ambiente, verificatisi anche negli ultimi anni [11], con conseguenze catastrofiche hanno mosso istanze ambientaliste che hanno contribuito al sorgere e consolidarsi del diritto dell'ambiente.

I diritti della natura sono stati ricondotti ai diritti fondamentali degli uomini e spesso ricondotti al diritto dell'uomo a vivere in un ambiente sano, tutelato costituzionalmente. In questo caso l'ecologismo giuridico è ambientalismo giuridico.

I teorici dell'ecologia si suddividono in due pensieri diversi: l'ecologia ambientalista [*ecología ambientalista*] e l'ecologia profonda [*ecología profunda* o *deep ecology* [12]].

Secondo l'*ecologia ambientalista* il titolare dei diritti è l'uomo, ma si possono riconoscere obblighi di rispetto della natura, ciò non significa assegnare alla natura il carattere di titolare di diritti. L'*ecologia profonda* riconosce la personalità (giuridica) alla natura, come titolare di diritti propri e l'indipendenza dall'uomo. Cioè come ritiene Belkis Cartay Angulo "oggi alcuni pensatori (*Deep Ecology*) sono a favore di un cambiamento di questa prospettiva, la natura come fonte di ogni razionalità e ogni valore: non è la terra che appartiene all'uomo; è l'uomo che appartiene alla terra. L'uomo cessa di essere la misura di tutte le cose, la misura si estende a tutto l'universo, allargando il cerchio" [13].

L'ipotesi Gaia [14] di James Lovelock cambia l'angolo prospettico darwiniano e sviluppato da

---

[10] Ad esempio il paragrafo 90 del Codice Civile tedesco [*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)] stabilisce: "gli animali non sono oggetti. Essi sono tutelati dalle leggi speciali. Ad esso si applicano i precetti corrispondenti alle cose salvo disposizione contraria [*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*]".

[11] Si pensi ai fatti di Seveso del 10 luglio 1976, di Bhopal il 3 dicembre 1984, di Cernobyl il 26 aprile 1986, della Exxon Valdez il 24 marzo 1989, della piattaforma Deepwater Horizon il 22 aprile 2010 (noto come marea nera).

[12] Per approfondimenti sulla *deep ecology* si veda: B. DEVALL e G. SESSIONS, *Deep ecology: living as if Nature mattered*, Gibbs M. Smith, Inc., Peregrine Smith Books, 1985.

[13] B. J. CARTAY ANGULO, *La naturaleza: objeto o sujeto de derechos*, in *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, a cura di C. Espinosa Gallegos-Anda e C. Pérez Fernández, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, 247.

[14] Per l'ipotesi Gaia di James Lovelock la Terra è un essere vivente, non nel senso di un organismo o animale, ma nel senso che è un sistema che si autoregola.

Spencer: nell'evoluzione non è privilegiata la competenza, ma la cooperazione. Questa idea si basa sul fatto che la vita si sia sviluppata con organismi semplici i quali associandosi e collaborando siano giunti ad organismi più complessi. Il fatto che animali carnivori si nutrano di altri organismi contribuisce all'evoluzione di entrambi. La vita regola, mantiene e ricrea le condizioni della vita utilizzando gli esseri viventi. La costante regolazione impedisce ciò che causerebbe la distruzione della biosfera. Lovelock diffonde la sua teoria e avvisa con un suo libro della situazione della Terra e che questi equilibri sono modificati dall'uomo [15].

L'ipotesi Gaia porta numerose riflessioni. La prima riflessione è che il riconoscimento dei diritti di tutti gli esseri che compongono con noi la Terra, o meglio il diritto all'esistenza e allo sviluppo della loro vita, non sono finalizzati a proteggere i terreni di caccia, le risorse alimentari, né a proteggere le specie per un sentimento di pietà per gli esseri meno sviluppati. Bisogna, invece, comprendere che si partecipa insieme in un tutto vivo e la salute di tutti dipende dalla salute della natura e degli esseri che la compongono. L'etica derivata dall'ipotesi Gaia non esclude la soddisfazione di necessità fondamentali per la vita, ma esclude la crudeltà per comodità e gli abusi superflui e inutili [16].

2.3. – L'uomo vive sulla Terra e ne fa parte. Gli ordinamenti andini assimilano e trasportano nel diritto questa concezione: "Gaia è la Madre Terra" [17], come rimarca Zaffaroni.

Molti principi della cosmovisione andina sono ripresi dai testi costituzionali e legislativi di Ecuador e Bolivia per costruire la propria visione dei diritti della natura. In particolare, nei testi boliviani sono presenti i concetti di *suma qamaña* (vivere bene), *ñandereko* (vita armoniosa), *teko kavi* (buona vita) e *ivi maraei* (terra senza male) [18].

Importanti novità sono introdotte nella Costituzione dell'Ecuador, la legittimazione processuale della natura come soggetto di diritto non è il frutto di un legislatore troppo fantasioso, ma è una scelta meditata per formare una base ideologica che metta da parte visioni antropocentriche, che hanno favorito lo sfruttamento indiscriminato e senza limiti dell'ambiente [19].

---

[15] Si veda a tal riguardo J. LOVELOCK, *The Revenge of Gaia. Why the Earth is Fighting Back – and How We Can Still Save Humanity*, Penguin Books, 2006.

[16] Ad esempio questa etica ammette il sacrificio di un vermetto utilizzato come esca da un pescatore per prendere all'amo un pesce, perché viene fatto per il fine della sopravvivenza. Nella Costituzione dell'Ecuador l'articolo 74 prevede che "le persone, le comunità, i popoli e le nazioni hanno il diritto di beneficiare dell'ambiente e delle ricchezze naturali che permettano loro il *buen vivir*. I servizi ambientali non saranno suscettibili di appropriazione; la sua produzione, l'erogazione, l'uso e lo sfruttamento saranno regolati dallo Stato [*las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado*]".

[17] E. R. ZAFFARONI, *La Pachamama*, cit., 85.

[18] Cfr. C. G. BARIÉ, *Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturalezza*, in *Latinoam. Rev. de estud. Latinoam.*, 59, 2014, 12.

[19] Cfr. C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA e C. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Prólogo*, in *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, a cura di C. Espinosa Gallegos-Anda e C. Pérez Fernández, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, IX s.

3. – I termini *Buen Vivir* [buon vivere], utilizzato in Ecuador, e *Vivir Bien* [vivere bene], utilizzato in Bolivia, derivano da *sumak kawsay* in lingua quechua e *suma qamaña* in aymara, il cui significato più prossimo è vita in pienezza [20].

Cletus Gregor Barié osserva che "i concetti di vivere bene / buon vivere e Madre Terra risultano essere gli aspetti di maggior novità delle Costituzioni di Bolivia ed Ecuador" [21]. In particolare, si tratta di valori umani [22] che attraverso le svariate istanze dei movimenti indigeni sono entrati a far parte dei discorsi dei padri costituenti delle regioni andine e diventano il pane quotidiano dei legislatori. Il *Buen Vivir* o *Vivir Bien*, racchiude in sé la ricostruzione ed il recupero delle conoscenze e dei saperi antichi delle differenti nazioni di *Abya Yala* [23]. Il *Buen Vivir* o *Vivir Bien* si può raggiungere con la riscoperta della vita in equilibrio con la natura. María Valeria Berros sostiene che sulle proposte derivate da varie fonti quali il *sumak kawsay*, *buen vivir*, *suma qamaña*, *vivir bien* è fondato il notevole passo avanti dei due ordinamenti dell'Ecuador e della Bolivia, i quali hanno ammesso che anche la natura (Madre Terra, *Pachamama*) sia soggetto di diritti. Si abbandona l'idea antropocentrica per aprire la strada al biocentrismo [24] e all'etica ambientale.

3.1. – Eugenio Raúl Zaffaroni [25] e Diana Murcia [26] rilevano l'impostazione della Costituzione dell'Ecuador già nel *Preámbulo*: la Costituzione, infatti, dice che il popolo ecuadoriano "celebra la natura, la Madre Terra, della quale siamo parte, la quale è vitale per la nostra esistenza" [27], in seguito manifesta l'intento di costruire "una nuova forma di convivenza civile, nella diversità ed in armonia con la natura, per raggiungere il *buen vivir*, il *sumak kawsay*" [28]. In questa Costitu-

---

[20] Si veda a tal proposito: F. HUANACUNI MAMANI, *Buen vivir*, cit., 13.

[21] C. G. BARIÉ, *Nuevas narrativas*, cit., 14.

[22] Cfr. C. G. BARIÉ, *Nuevas* narrativas, cit., 14: l'antropologo boliviano Mario Yapu in riferimento al *buen vivir* o *vivir bien* parla di una intuizione soggettiva nella sfera dei valori umani, ma ancora vaga e in evoluzione. Per questo motivo si rende necessario analizzare come questi valori siano entrati a far parte dei testi normativi e come tali norme siano il frutto di discussioni meditate sull'argomento. A tal proposito si veda anche: R. MAMANI PACASI, W. MOLINA, F. CHIRINO e T. SAARESRANTA, *Vivir Bien, significados y representaciones desde la vida cotidiana. Cuatro miradas: Jesús de Machaca (La Paz), San Ignacio de Mojos (Beni), La Guardia (Santa Cruz) y zona sur de Cochabamba*, U-PIEB, 2012.

[23] L'America veniva chiamata *Abya Yala* dal popolo dei Kuna, che abitava in territori situati negli attuali Panama e Colombia. Questo termine significa terra in piena/perfetta maturità o terra del sangue/linfa vitale.

[24] Secondo M. V. BERROS, *Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos*, in *Rev. de Bioé. y Der.*, 33, 2015, 87: la prospettiva biocentrica è la "prospettiva che considera che ogni forma di vita ha un valore in sé, che si traduce [nella concezione] che gli esseri viventi sono portatori di valore morale".

[25] Cfr. E. R. ZAFFARONI, *La Pachamama*, cit., 103.

[26] Cfr. D. MURCIA, *El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión*, in *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, a cura di A. Acosta e E. Martínez, Abya-Yala, 2011, 301 s.

[27] "*Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia*".

[28] "*Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay*".

zione i diritti dei cittadini si intrecciano con quelli della natura e vi è una intensa tensione al *Buen Vivir*. Al buon vivere deve corrispondere sempre un ambiente sano, ecologicamente equilibrato e che garantisce la sostenibilità [29]. È interessante notare che questo testo costituzionale già dal preambolo pone le basi di tutta la costruzione normativa su cui poggeranno le specifiche norme. Si parla di convivenza con la natura, con colei che è madre, che costituisce una condizione essenziale di esistenza per l'essere umano. Da questa convivenza armoniosa si raggiungerà il *buen vivir*, dunque è l'obiettivo a cui si deve tendere.

Nell'ultima parte dell'articolo 275 la Costituzione dell'Ecuador precisa che "il buon vivere richiede che le persone, comunità, popoli e nazioni si giovino [o godano] effettivamente dei propri diritti, esercitandoli responsabilmente nel quadro della interculturalità [o multiculturalismo], del rispetto delle sue diversità e della convivenza armonica con la natura" [30]. Questo articolo rimarca l'esercizio responsabile dei diritti e il *buen vivir* si pone, seppur ancora concettualmente acerbo, in una posizione di rottura con l'idea tradizionale di sviluppo: l'esercizio responsabile dei diritti deve tener conto della coesistenza armoniosa con la natura.

Questa nuova visione costituzionale si osserva, in particolare, nell'articolo 276 dove al quarto obiettivo da perseguire del regime dello sviluppo è annoverato quello di "recuperare e preservare la natura, mantenere un ambiente sano e sostenibile che garantisce alle persone e alle collettività l'accesso equo, permanente e di qualità all'acqua, all'aria e al suolo, e ai benefici delle risorse del sottosuolo e del patrimonio naturale" [31]. Per conseguire questi obiettivi sono posti degli obblighi per lo Stato [32] all'articolo 277 e per le persone e la collettività [33] all'articolo 278. All'articolo 279 è contemplata la pianificazione partecipativa per lo sviluppo.

La *Constitucion de la Republica del Ecuador* presenta alcuni elementi di novità riguardo alla Natura. Eduardo Gudynas [34], Diana Murcia Riaño [35] e Alberto Acosta [36] evidenziano l'equipara-

---

[29] Argomento tratto da E. GUDYNAS, *Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir despues de montecristi*, in *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, a cura di G. Weber, Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, 88.

[30] "*El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturalezza*".

[31] "*Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural*".

[32] Si devono garantire i diritti delle persone, delle collettività e della natura, porre politiche pubbliche e indirizzare lo sviluppo, controllarne l'esecuzione e sanzionare le violazioni.

[33] Si tratta di partecipare alla gestione pubblica della pianificazione dello sviluppo nazionale e locale e di controllare l'esecuzione di questi piani a tutti i livelli. Inoltre, è richiesta una responsabilità sociale e ambientale nella produzione, scambio e consumo di beni e servizi.

[34] Cfr. E. GUDYNAS, *Desarrollo*, cit., 87.

[35] Cfr. D. M. MURCIA RIAÑO, *La naturaleza con derechos. Un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo*, Aurora Donoso Game, 2012, 90 s.

zione della nozione occidentale di Natura con quella dei popoli indigeni di *Pachamama*. L'aspetto, però, più significativo è il riscatto della Natura dalla condizione di oggetto funzionalizzato all'utilità degli esseri umani, per divenire un vero soggetto di diritto, con propri diritti.

La Costituzione dell'Ecuador afferma al comma 2 dell'articolo 10 che "la natura sarà soggetto di quei diritti che le riconosce la Costituzione"[37]. I diritti della natura parrebbero, in questa Costituzione, avere pari dignità degli altri diritti. Essa stabilisce al comma 6 dell'articolo 11 che: "tutti i principi e i diritti sono inalienabili, irrinunciabili, indivisibili, interdipendenti e di eguale gerarchia"[38]. Sono individuate due categorie di diritti della natura: al rispetto dell'esistenza, della preservazione dei cicli vitali (articolo 71) ed al ripristino indipendentemente dai risarcimenti agli individui o gruppi, a cui sono obbligati lo Stato, le persone fisiche e giuridiche (articolo 72). Lo Stato deve individuare strumenti efficaci per il ripristino e apportare misure per eliminare o ridurre conseguenze ambientali nocive nei casi di impatto ambientale grave o permanente, inclusi quelli derivanti dallo sfruttamento delle risorse naturali non rinnovabili (articolo 72). Lo Stato deve applicare strumenti di precauzione e misure restrittive per le attività che potrebbero portare all'estinzione delle specie, distruzione di ecosistemi o alterazioni permanenti dei cicli naturali (articolo 73). L'articolo 74 della Costituzione dell'Ecuador prevede che "le persone, le comunità, i popoli e le nazioni hanno il diritto di beneficiare dell'ambiente e delle ricchezze naturali che permettano loro il *buen vivir*. I servizi ambientali non saranno suscettibili di appropriazione; la sua produzione, l'erogazione, l'uso e lo sfruttamento saranno regolati dallo Stato"[39].

3.2. – Fernando Huanacuni Mamani, per quanto riguarda la Bolivia, scrive: "la *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, promulgata il 7 febbraio del 2009, sancisce gli obiettivi e le funzioni che guidano le proprie politiche pubbliche all'insegna del vivere bene"[40]. In particolare, la *Constitución* boliviana afferma nel *Preámbulo*: "adempiendo il mandato dei nostri popoli, con la forza della nostra Madre Terra e grazie a Dio, rifondiamo la Bolivia"[41]. Si tratta, appunto, di una rifondazione, di una rivoluzione giuridica.

Vi è una particolare contraddizione tra i fini della preservazione della natura e l'industrializzazione delle risorse naturali dalla lettura del primo comma dell'articolo 355 della Costitu-

---

[36] Cfr. A. ACOSTA, *Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia*, in *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, a cura di A. Acosta e E. Martínez, Abya-Yala, 2011, 341 s.

[37] "*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*".

[38] "*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*".

[39] "*Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado*".

[40] F. HUANACUNI MAMANI, *Buen vivir*, cit., 18.

[41] "*Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia*".

zione della Bolivia. Questo comma prevede: "l'industrializzazione e commercializzazione delle risorse naturali sarà la priorità dello Stato"[42]. Una lettura di questo contrasto segnala, più che altro, che la Bolivia si trova nella situazione di contemperare diversi interessi: quello della crescita economica dello Stato e quello della difesa della natura. Non necessariamente un interesse sarà considerato superiore all'altro a priori, ma il risultato sarà una decisione pensata alla luce del bilanciamento degli interessi in gioco.

Juan Evo Morales Ayma[43] ha detto alle Nazioni Unite, in occasione del VII Foro Indigeno dell'ONU, che per salvare il pianeta è necessario seguire 10 comandamenti [*mandamientos*].

Il decimo *mandamiento* prevede: "vogliamo che tutti possano vivere bene, che non è vivere meglio a scapito degli altri. Dobbiamo costruire un socialismo comunitario e in armonia con la Madre Terra"[44]. La costruzione di un socialismo comunitario in armonia con la Madre Terra è un modo di vivere nel mondo, una soluzione alternativa alla visione estrema capitalista, per giungere ad un mondo dove tutti i popoli possano vivere bene in armonia tra loro e con la natura. Si deve cambiare il modello di vita attuale di stampo individualista e capitalista, dove si privilegia l'industrializzazione ad ogni costo, al fine di salvare il mondo. È necessario fare una scelta tra i privilegi o il *Vivir Bien*.

La visione, che Morales vuole portare non solo in Bolivia, ma in tutto il mondo, è frutto della tradizione indigena[45], delle culture precolombiane ed egli risponde alle numerose istanze dei popoli indigeni con un chiaro ed esplicito mandato ecologico.

Allo scopo di delineare il contenuto del concetto di *Vivir Bien* è utile analizzare la *Ley* boliviana n. 300 del 15 ottobre 2012 [*Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien*]. All'articolo 5 essa definisce, ai fini della stessa legge, il significato del *Vivir Bien* [*Sumaj Kamaña, Sumaj Kausay, Yaiko Kavi Päve*] come alternativa alla concezione del capitalismo e alla modernità. È una cosmovisione di matrice multiculturalistica di tutte le culture che compongono lo Stato: da quelle indigene a quelle afroboliviane. Opera sulle dimensioni sociali, culturali, politiche, economiche, ecologiche ed emozionali. Una operazione collettiva e solidale consente l'incontro armonioso tra gli esseri, le componenti e le risorse della Madre Terra. Si sostanzia nel vivere in armonia con la natura e le società. L'essere umano, cioè, deve vivere in armonia con tutto ciò che lo circonda.

---

[42] "*La industrialización y comercialización de los recursos naturales será prioridad del Estado*".

[43] Juan Evo Morales Ayma ha iniziato il 22 gennaio 2006 il mandato di Presidente della Bolivia, viene rieletto nel 2009 e nel 2014.

[44] J. E. MORALES AYMA, *Los 10 mandamientos de evo morales para salvar al planeta*, *PL y ABI Nueva York, 2008.* www.cadtm.org/los-10-mandamientos-de-evo-morales [10 agosto 2016]. Si veda, inoltre, J. E. MORALES AYMA, *Los 10 mandamientos para salvar el planeta, la humanidad y la vida*, in *Doc. del Oc. Enc.*, 66, 21.

[45] Ad esempio secondo la tradizione aymara, tramandata oralmente, come riferisce Biviana Mamani Chacolla "a chi cammina sul percorso sacro della nostra visione del mondo, la Madre Terra (*Pachamama*) lascia sempre le sue impronte nel cuore". Cfr. F. HUANACUNI MAMANI, *Buen vivir*, cit., 22.

La *Ley* boliviana n. 300 del 15 ottobre 2012 [*Ley marco de la madre tierra y desarrollo intregral para Vivir Bien*] all'articolo 1 afferma il proprio oggetto: stabilire la visione e i fondamenti del completo sviluppo in armonia ed equilibrio con la Madre Terra per il *Vivir Bien*, garantendo la capacità di rigenerazione dei componenti e dei sistemi della Madre Terra, recuperando e promuovendo i saperi locali e ancestrali nel quadro di diritti, doveri e obblighi. Essa ha per finalità piani di sviluppo integrale tesi al *Vivir Bien* con la pianificazione della gestione pubblica e un quadro istituzionale strategico per la sua attuazione.

Ai fini della *Ley* boliviana n. 300 è dedicato l'articolo 3. Essi sono: determinare le linee guida dei principi per l'accesso alle componenti, parti e sistemi di vita della Madre Terra, fissare obiettivi per lo sviluppo complessivo e giungere al *Vivir Bien* in armonia ed equilibrio con la Madre Terra, coordinare le leggi specifiche, politiche, regole, strategie, piani, programmi e progetti dello Stato per il *Vivir Bien* attraverso l'armonia, lo sviluppo integrale e l'equilibrio con la Madre Terra, definire il quadro istituzionale per promuovere e rendere operativo lo sviluppo complessivo in armonia ed equilibrio con la Madre Terra per il *Vivir Bien*.

La *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, all'articolo 33, afferma che "le persone hanno diritto ad un ambiente sano, protetto ed equilibrato. L'esercizio di tale diritto dovrebbe consentire agli individui e ai gruppi delle generazioni presenti e future, e altri esseri viventi, di svilupparsi in maniera normale e permanente" [46].

La *Ley* boliviana n. 71 del 21 dicembre 2010 [*Ley de derechos de la Madre Tierra*] sancisce, all'articolo 5, il carattere giuridico della Madre Terra: essa è soggetto collettivo di interesse pubblico [*sujeto colectivo de interés público*] per gli effetti della protezione e della tutela dei suoi diritti. Questo articolo precisa che i diritti della Madre Terra stabiliti nella presente legge non limitano l'esistenza di altri suoi diritti. Tutti i boliviani nell'esercizio dei propri diritti individuali trovano il limite nell'esercizio dei diritti collettivi nei sistemi di vita della Madre Terra, i conflitti tra i diritti vanno risolti in modo da non compromettere irreversibilmente la funzionalità dei sistemi viventi (articolo 6). L'articolo 7 sancisce i diritti della Madre Terra. Essi sono il diritto alla vita [*a la vida*]; il diritto alla diversità della vita [*a la diversidad de la vida*]; il diritto all'acqua [*al agua*]; il diritto all'aria pulita [*al aire limpio*]; il diritto all'equilibrio [*al equilibro*]; il diritto al ripristino [*a la restauración*]; il diritto a vivere libera da contaminazioni [*a vivir libre de contaminación*]. L'articolo 8 prevede gli obblighi dello Stato e di tutte le istituzioni, l'articolo 9 gli obblighi delle persone fisiche e giuridiche, pubbliche o private. Per vigilare sulla vigenza, promozione, diffusione e conformità dei diritti della Madre Terra, stabiliti in questa legge, con l'articolo 10, è istituita la *Defensoría de la Madre Tierra*, che sarà disciplinata con legge speciale.

---

[46] "*Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente*".

Diana Milena Murcia Riaño[47] rileva come in Bolivia l'armonia con la natura tocchi diversi aspetti, dalle relazioni internazionali, a quelli della gestione delle risorse naturali e della conservazione del territorio indigeno agricolo.

3.3. – Così descritti i diritti della Natura, occorre verificare se si possa parlare di diritti soggettivi della Natura o di qualcosa di diverso.

Al fine di dare una risposta a questo interrogativo occorre partire dalla teoria, sostenuta da Ramiro Ávila Santamaría, la quale esclude che la Natura sia titolare di diritti soggettivi. Si rende, inoltre, necessario uno sguardo all'idea offerta da Luigi Ferrajoli di diritto soggettivo per sbrogliare la matassa della non pacifica e univoca concezione di diritto soggettivo. Secondo questa concezione presa come riferimento da Santamaría "un diritto soggettivo è una condizione prevista da una norma giuridica positiva che serve da presupposto per essere titolare di situazioni o autore di atti. Nella logica di Ferrajoli, lo *status* di persona per essere titolare di diritti consegue da una norma giuridica"[48] e ciò è coerente con la definizione tradizionale di diritto soggettivo: "il diritto soggettivo è la signoria del volere, il *potere* di agire (*agere licere*) per il soddisfacimento di un proprio *interesse* individuale, *protetto dall'ordinamento giuridico*"[49]. La teoria del diritto soggettivo si applica sia alle relazioni tra gli individui, sia a quelle tra individui e Stato. Nel primo caso bisogna dimostrare la qualità di titolari attraverso un titolo idoneo, mentre nel secondo è sufficiente dimostrare l'esistenza di un essere umano che chiede l'adempimento di una obbligazione di cui ad un diritto pubblico soggettivo, essendo la titolarità dei diritti pubblici soggettivi di tutti gli esseri umani. Un'altra caratteristica è rintracciata nel testo di Antonio Manuel Peña Freire[50] e consiste nella distinzione tra la corrispondenza nel primo caso ad una facoltà della persona, nel secondo a poteri. Tutto ciò dimostra che tutto il sistema è congegnato presupponendo lo *status* di essere umano e nessun teorico del diritto, nel definire il diritto soggettivo, ha ampliato o amplia a esseri altri rispetto agli umani. Di conseguenza, si deduce che la Natura non possa essere titolare di diritti soggettivi.

L'altra teoria, di Alberto Acosta, rivela un'interessante prospettiva, per comprendere di che diritti si tratti: "dopo aver saputo ciò che realmente significano e presentano i diritti della natura, è necessario impostare una strategia di azione che inizia ad identificare, per prima cosa, i mega-diritti (Diritti Umani, Diritti della Natura e del Buen Vivir in particolare) e dopo i meta-diritti (l'acqua, la sovranità alimentare, la biodiversità, la sovranità energetica)"[51]. I diritti della Natura

---

[47] Cfr. D. M. MURCIA RIAÑO, *La naturaleza*, cit., 92.

[48] R. F. ÁVILA SANTAMARÍA, *El derecho*, cit., 179. Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2001.

[49] A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2007, 72.

[50] Cfr. A. M. PEÑA FREIRE, *Derechos subjetivos y garantía*, in *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, a cura di A. M. Peña Freire, Editorial Trotta, 1997, 132 ss.

[51] A. ACOSTA, *Los Derechos*, cit., 340 s.

sono, secondo questa idea, diritti "primari", mentre i meta-diritti sono diritti "secondari" cioè dei diritti senza i quali non si avrebbe l'esercizio degli altri diritti [52]. Essendo una nuova categoria di diritti che prescinde dall'essere umano, o meglio l'uomo è solo una parte della Natura, questi diritti sono difficilmente riconducibili a categorie già esistenti, perché la novità del costituzionalismo andino è proprio quella di attribuire diritti a soggetti non umani. I diritti della Natura sono analiticamente diversi dai diritti umani sul piano prescrittivo, ma ciononostante bisogna tener presente che si integrano e trasformano in una sorta di diritto della vita e alla vita. Essi sono diritti che rappresentano l'esplicazione del pluralismo, del multiculturalismo anche dal punto di vista terminologico, si pensi all'inserimento del termine *Pacha Mama* e al suo utilizzo come sinonimo di quello Natura [53].

4. – Gli individui possono agire per la tutela dei diritti della natura, bisogna, però, comprendere in che misura e come viene fondata questa legittimazione ad agire. Sia l'Ecuador che la Bolivia prevedono la possibilità degli individui, singolarmente o collettivamente, della difesa dei diritti della natura. Lo Stato deve promuovere la difesa di questi diritti e nelle situazioni dubbie scegliere la soluzione più favorevole alla natura (in dubio *pro natura*) [54].

I diritti della natura sono, quindi, difesi, tutelati e portati avanti dai governi e dal popolo, con l'introduzione del concetto della rappresentanza. La rappresentanza, come avviene per le persone incapaci, può essere applicata alla natura?

4.1. – Inizialmente, occorre chiarire cosa si intende per soggetto di diritti nella visione civilistica in Ecuador e Bolivia e verificare se vi sia o meno distanza con la definizione del diritto italiano, per poi verificare se si possa parlare di rappresentanza.

I soggetti del diritto sono titolari di situazioni giuridiche, che possono compiere i relativi atti giuridici. Essi sono titolari di situazioni giuridiche soggettive. Più in generale sono soggetti giuridici i titolari di interessi protetti a vario titolo [55]. La capacità giuridica non è solo delle persone fisiche, ma nell'ordinamento giuridico italiano è attribuita anche agli enti e ad altre strutture organizzate [56]. La capacità giuridica è attribuita dalle norme, cioè le norme stabiliscono chi ne è

---

[52] La distinzione tra diritti e meta-diritti è stata introdotta da A. K. SEN, *The right not to be hungry*, in *The right to food. International Studies, in Human Rights*, a cura di P. Alston e K. Tomasevski, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 69 ss. I meta-diritti sono definibili, utilizzando le parole di N. BELLANCA, *La salute globale tra beni pubblici, diritti collettivi e capability*, in *Jura Gent.*, VIII, 2, 2011, 31, come "il diritto di avere la *policy* p(x) che è in grado di avvicinare l'obiettivo di rendere realizzabile il diritto x". Essi sono i diritti dei cittadini ad una chiara politica pubblica sul diritto che lo Stato deve realizzare.

[53] Cfr. A. ACOSTA, *Los Derechos*, cit., 341.

[54] Cfr. D. M. MURCIA RIAÑO, *La naturaleza*, cit., 100.

[55] Cfr. Cass. 11 maggio 2009, n. 10741.

[56] Cfr. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 87.

provvisto, chi è dunque soggetto di diritto. Vi è poi la capacità di agire con la quale, attraverso la volontà, si determinano le proprie situazioni giuridiche.

Il codice civile ecuadoriano nell'articolo 1461 definisce così la capacità legale: "la capacità legale di una persona consiste nel potersi obbligare di per se stessa e senza il ministero o l'autorizzazione di un'altra"[57], all'articolo 1462 stabilisce che: "ogni persona è legalmente capace, eccetto quelle che la legge dichiara incapaci"[58]. Ad esempio l'articolo 1463 prevede l'incapacità per le persone inferme di mente. Il titolo XIX del primo libro del codice civile ecuadoriano è dedicato alla amministrazione dei tutori e dei curatori relativamente ai beni [*administracion de los tutores y curadores relativamente a los bienes*].

Il codice civile boliviano definisce la capacità giuridica all'articolo 3: "ogni persona ha la capacità giuridica. Questa capacità subisce limitazioni parziali solo nei casi particolari stabiliti dalla legge"[59]. L'articolo 4 stabilisce il raggiungimento della maggior età al compimento del diciottesimo anno e definisce, al *parágrafo* 2, la capacità di agire [*capacidad de obrar*] come la capacità del maggiorenne di realizzare tutti gli atti della vita civile, salvo i casi previsti dalla legge. L'articolo 5 precisa che in generale i minori non hanno la capacità di agire, essi possono senza autorizzazione del proprio *representante* esercitare la professione per cui sono abilitati dal conseguimento di un titolo di studio e amministrare liberamente il prodotto del proprio lavoro. Altra categoria che quest'articolo indica come sprovvista della capacità di agire è quella di coloro che sono stati dichiarati interdetti. Conformemente alla legge, gli atti civili per gli incapaci *de obrar* vengono compiuti dai loro rappresentanti. Quindi, verificato che i due ordinamenti richiamati presentano concezioni simili di capacità giuridica e di agire con l'ordinamento italiano, bisogna ora verificare nello specifico quale sia la soluzione per ovviare al fatto che la Natura non possa adoperarsi in prima persona per l'esercizio dei propri diritti.

Per sopperire al fatto che la Natura non possa esercitare i propri diritti, alcuni autori fanno riferimento al concetto di capacità, di incapacità e agli strumenti di tutela per i soggetti che da soli non sono in grado di provvedere all'esercizio dei propri diritti. Ávila Santamaría parla della rappresentanza legale o della tutela come gli strumenti con cui i diritti della Natura possono essere fatti valere. In particolare, la Natura normalmente esiste e si rigenera a prescindere dall'uomo, ma solo quando la sua quiete venga spezzata con azioni atte ad offenderla, o meglio ad arrecarle danno, i suoi diritti possono essere esercitati con la rappresentanza per chiedere che si eviti la stipula di un contratto che ne danneggerà le componenti o per agire giudizialmente per la riparazione o la restaurazione. Per quanto originale possa sembrare applicare l'idea della rappresentanza o della tutela alla Natura, si osserva logicamente che in quasi tutti i codici civili dei

---

[57] "*La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra*".

[58] "*Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces*".

[59] "*Toda persona tiene capacidad jurídica. Esta capacidad experimenta limitaciones parciales sólo en los casos especialmente determinados por la ley*".

vari Stati è prevista la persona giuridica. La persona giuridica è una persona fittizia, che realizza il proprio assetto di interessi, movimenta le proprie situazioni giuridiche attraverso un rappresentante. Da questa osservazione sorge la spontanea domanda dello stesso autore sul perché la rappresentanza non dovrebbe applicarsi per supplire alla "incapacità" del soggetto Natura che addirittura, a differenza delle persone giuridiche è "materiale, reale e tangibile" ed ha una durata illimitata, esiste da prima dell'uomo e molto probabilmente esisterà anche quando non ci sarà più la specie umana [60].

Questa rappresentazione finalizzata ad esigere l'adempimento dei diritti della Natura concerne l'esigibilità in diversi scenari: sociale, politico e giudiziale. In concreto, si tratta della mobilitazione sociale per l'esigibilità sociale, delle decisioni politiche nello scenario politico, del riconoscimento giudiziale e della giustiziabilità nello scenario giudiziale.

4.2. – La rappresentanza della Natura si trova nella Costituzione dell'Ecuador, dove all'articolo 71 è previsto che "ogni persona, comunità, popolo o nazione potrà chiedere all'autorità pubblica l'adempimento dei diritti della Natura" [61].

Individuata una legittimazione attiva così ampia, occorre verificare quale sia lo strumento che l'ordinamento giuridico ecuadoriano mette a disposizione di chi vuole agire in difesa dei diritti della Natura. La Costituzione prevede all'articolo 88 l'azione di protezione [*acción de protección*]. Questa azione è posta a tutela diretta ed efficace dei diritti previsti nella Costituzione e può essere esperita ogniqualvolta la condotta commissiva o omissiva di un'autorità pubblica non giudiziale viola questi diritti, contro le politiche pubbliche che privano del godimento dell'esercizio dei diritti costituzionalmente previsti e contro una persona determinata se deriva danno grave, nel caso di servizi pubblici impropri, se il soggetto agisce per delega o concessione. Inoltre, si applica nel caso in cui il soggetto danneggiato è in uno stato di subordinazione, indifeso o discriminato. Tale azione ha carattere sussidiario, l'articolo 40 della Legge Organica delle Garanzie Giurisdizionali e del Controllo Costituzionale [*Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional*] del 21 settembre 2009 precisa i requisiti dell'azione di protezione. Esso stabilisce che si applica nel caso della "inesistenza di altro meccanismo di difesa giudiziale adeguato ed efficace per proteggere il diritto violato" [62]. Per quanto concerne la prova, l'articolo 397 della Costituzione dell'Ecuador prevede l'onere del gestore dell'attività o del delegato di provare l'inesistenza del danno potenziale o reale, e l'articolo 16 della Legge Organica delle Garanzie Giurisdizionali e del Controllo Costituzionale prevede, nel caso in cui *la persona accionada sea un particular* per la violazione dei diritti dell'ambiente e della Natura, che i fatti si presumano certi.

---

[60] Cfr. R. F. ÁVILA SANTAMARÍA, *El derecho*, cit., 197 ss.

[61] "*Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza*".

[62] "*Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado*".

La Legge boliviana 71 del 2011 [*Ley de derechos de la Madre Tierra*] stabilisce all'articolo 2, n. 4 il dovere dello Stato e di ogni persona individuale o collettiva di rispettare, proteggere e garantire "i diritti della Madre Terra per il Vivir Bien delle generazioni attuali e future"[63]. La legittimazione ad agire è prevista all'articolo 34 della Costituzione della Bolivia, nello specifico: "qualunque persona, a titolo individuale o in rappresentanza di una collettività ha la facoltà di esercitare le azioni giudiziali in difesa del diritto ambientale, senza pregiudizio dell'obbligo delle istituzioni pubbliche di attuarle d'ufficio di fronte agli attacchi contro l'ambiente"[64]. L'articolo 39 della *Ley* n. 300 del 15 ottobre 2012 boliviana precisa che i soggetti legittimati sono le autorità pubbliche dello Stato a qualunque livello e relativamente alle loro competenze, il Pubblico Ministero, la *Defensoría* della Madre Terra, il Tribunale Agroambientale e le persone direttamente colpite. Resta il dovere per le persone individuali o collettive che abbiano conoscenza della violazione dei diritti della Madre Terra nel quadro per lo sviluppo integrale per il *Vivir Bien* di denunciare questi fatti alle autorità competenti.

L'azione esperibile è quella popolare [*Acción Popular*], disciplinata all'articolo 135 della stessa Costituzione, per qualsiasi atto o omissione delle autorità o degli individui o dei gruppi che minacciano di violare o violano i diritti collettivi e gli interessi riguardanti il patrimonio, lo spazio, la sicurezza e la salute pubblica, l'ambiente e gli altri riconosciuti simili dalla Costituzione. L'articolo 136 della Costituzione boliviana precisa che questa azione non è un rimedio esclusivo, essa non esaurirà qualunque altra strada giudiziale o amministrativa che possa esistere, perché può essere proposta per tutto il tempo che sussiste la violazione dei diritti o interessi collettivi. Può essere presentata da qualunque persona individualmente o per conto di una collettività e sussiste l'obbligo di promuoverla in capo al *Ministerio Público* e al *Defensor del Pueblo* che abbiano avuto conoscenza di questi atti nell'esercizio delle loro funzioni.

L'azione popolare è disciplinata al Capitolo sesto del *Título* II, agli articoli 68, 69, 70 e 71 del Codice Processuale Costituzionale [*Código Procesal Constitucional*] (Legge 5 luglio 2012, n. 254). All'articolo 71 sono precisati i poteri dell'organo giudicante, il quale se concede la tutela ordina l'annullamento di ogni atto o l'adempimento del dovere omesso che viola o rischia di violare i diritti o gli interessi collettivi di cui all'azione e può stabilire la presenza di indizi di responsabilità civile o penale ai sensi dell'articolo 39 dello stesso Codice. In base all'articolo 39 in presenza di indizi di responsabilità civile quantifica l'ammontare del danno e del pregiudizio da risarcire o indennizzare [*a indemnizar*] e in presenza di indizi di responsabilità penale invia la documentazione relativa al Pubblico Ministero [*Ministerio Público*] o alla Procura Generale dello Stato [*Procuraduría General del Estado*]. Il Tribunale a questo fine fisserà un termine di dieci giorni dalla notifica nella stessa udienza per la prova. Se la responsabilità viene attribuita

---

[63] "*Los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras*".

[64] "*Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente*".

ad un funzionario o dipendente pubblico, l'organo giudicante ordina la rimessione in copia dell'atto alla massima autorità amministrativa dell'ente di appartenenza del soggetto per esperire il procedimento disciplinare.

Considerate le novità introdotte nella disciplina dei due Stati, qualche potenziale problema di coordinamento tra le disposizioni Costituzionali e quelle delle Leggi ordinarie in materia è riscontrabile. In particolare, l'ordinamento dell'Ecuador nei considerando della Legge Organica delle Garanzie Giurisdizionali e del Controllo Costituzionale affronta anche questo aspetto. Nello specifico, a tal riguardo è precisato "che è indispensabile adeguare la Legge ordinaria alle disposizioni costituzionali, per garantire il rispetto dei diritti umani e della natura e la supremazia costituzionale"[65] e questo intento è posto già nella Legge Organica.

5. – La nuova ventata di idee suggestive introdotte negli ordinamenti giuridici di Ecuador e Bolivia potrebbe offrire spunti utili al legislatore italiano in materia di tutela dell'ambiente?

La nuova sensibilità alle tematiche ambientali si sta diffondendo su scala globale ed ogni Stato sta cercando di porre soluzioni efficaci per prevenire e rimediare ai danni che ogni giorno si producono. La soluzione che ciascun legislatore si pone l'obiettivo di formulare non è solo una semplice scelta dettata da basi culturali e tradizionali che compongono i loro Paesi, ma si pone come la ricerca di uno strumento che riesca, finalmente, ad arginare la tendenza distruttiva, a cui il progresso ad ogni costo o una semplice non curanza rischiano di condurre l'umanità.

Per prima cosa occorre comprendere perché si debba ricorrere a strumenti civilistici e non solo pubblicistici. Uno Stato può in via esclusiva occuparsi da solo della tutela dell'ambiente con i propri poteri di diritto pubblico, ma a volte anche saper di dover corrispondere una somma a titolo di risarcimento del danno può avere una efficacia deterrente per le imprese che pongono in essere comportamenti scorretti che alterano il benessere dell'ambiente dove esplicano le loro attività.

L'ambiente nell'ordinamento giuridico italiano non è tutelato in via diretta, si fa spesso riferimento al valore della salute dell'uomo che lo popola, cioè si pensa al concetto di ambiente salubre[66]. Gli animali sono considerati oggetti, beni, non soggetti e questo comporta non poche difficoltà che vengono oggi verificate nelle numerose pronunce che riguardano il risarcimento del danno per l'animale d'affezione e la riconduzione dell'animale ad una determinata categoria[67]. La situazione precedente, rispetto a quella attuale, era addirittura quella che risarciva solo

---

[65] "*Que, es indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional*".

[66] Si veda a tal proposito: S. PATTI, voce *Ambiente (tutela dell') nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, I, 1987, 284 ss.; B. POZZO, voce *Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Digesto civ.*, Agg. II, I, 2003, 93 ss.; G. VILLANACCI, *L'opaco profilo del risarcimento civilistico nella complessa disciplina ambientale*, in *Contr. impr.*, 3, 2014, 606 ss.

[67] Si veda a tal proposito: M. TESCARO, *Sono, gli animali, assimilabili agli uomini? In particolare, ai fini*

il danno patrimoniale patito e non teneva conto del sentimento d'affezione reciproco che un individuo instaura con il proprio animale domestico. Attualmente, vi sono pronunce che risolvono la questione qualificando la perdita dell'animale d'affezione come una situazione risarcibile *ex* articolo 2059 c.c.. Questa soluzione appare non appagante in quanto è subordinata alla violazione di un diritto inviolabile del soggetto e siccome la relazione tra l'uomo e l'animale non è costituzionalmente contemplata, occorrerà di volta in volta ricercare il diritto inviolabile leso che la Costituzione tutela. Appare chiaro che molte situazioni di danni agli animali o all'ambiente siano scoperte da qualsivoglia tutela. Riconoscere la soggettività giuridica della natura come hanno fatto i due ordinamenti giuridici andini porterebbe a comprendere tutti i casi possibili ed eventuali di danno all'ambiente. Per quanto concerne la legittimazione attiva ad agire in difesa dell'ambiente i due Stati andini hanno previsto la possibilità più ampia: anche gli individui singolarmente o collettivamente possono agire. È evidente il fatto che avendo una simile legittimazione sarà più difficile che qualcuno sfugga alla propria responsabilità civile per i danni ambientali. Le criticità della soluzione adottata in Italia sono palesi. Per l'animale di affezione si agisce adducendo il danno sofferto. Per i danni ambientali il discorso è più complesso: si è oscillato negli ultimi vent'anni tra disciplina privatistica e disciplina pubblicistica. L'odierna previsione è verso l'esclusività dello Stato (Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare) della legittimazione all'azione civile per il risarcimento del danno ambientale [68] e vi è la possibilità per le associazioni ambientaliste riconosciute di intervenire in giudizio. Le associazioni ambientaliste possono partecipare al procedimento di adozione di misure di precauzione, prevenzione o ripristino, presentare denunce e osservazioni. Va da sé che se è ristretto il campo dei danni risarcibili e di chi possa esercitare le azioni, la tutela lascerebbe spazi scoperti alle situazioni che potrebbero verificarsi. Si deve osservare, inoltre, che la maggior parte dei danni ambientali producono i propri effetti soltanto a distanza di anni e i soggetti che ne avranno danno saranno coloro i quali erediteranno il mondo dalla nostra generazione, e pensare ad un risarcimento in loro favore parrebbe assurdo non essendo loro attualmente individuabili.

La scelta degli ordinamenti giuridici di Ecuador e Bolivia di riconoscere la natura come soggetto di diritto e la possibilità di chiunque di agire in sua rappresentanza per i diritti a essa attribuiti si pone come una soluzione, seppur teoricamente da dover fondare su basi solide, in un lato pratico più agevole, efficace e omnicomprensiva di tutte le ipotesi di danni che si potrebbero verificare. I due Stati andini hanno rintracciato i valori, per poter fondare questa costruzione teorico giuridica, nella cosmovisione andina, ma i valori della vita in armonia con la natura sono valori che tutte le culture in epoche ancestrali hanno conosciuto e la riscoperta di essi potrebbe dare nuova linfa al legislatore italiano qualora scegliesse di adottare modifiche simili a quelle d'oltreoceano.

---

dell'art. 2045 c.c.?, in *Resp. civ.*, 8-9, 2006, 727 ss.; F. TOMMASEO, *L'infermo e il suo cane: una singolare applicazione della cura della persona nell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. dir.*, 4, 2012, 379 ss.; G. A. PARINI, *Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 9, 2012, 603 ss.

[68] D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 311.

La scelta degli Stati andini, ora senza volerla idolatrare o demonizzare, si presta a criticità anch'essa. La prima osservazione da fare è che con questa scelta si riconosce che la natura è un'entità autonoma e le sue parti non sono mercificabili [69]. L'ampissima legittimazione ad agire per la difesa dei diritti della Natura potrebbe scoprire il fianco all'azione di persone che agiranno in difesa di entità naturali solo per una propria particolare simpatia [70]. Particolari conseguenze derivano, inoltre, dal contenuto dei diritti della natura, essa può essere utilizzata per ciò che è necessario, senza sconfinare in una crescita illimitata dei consumi che si scontrerebbe con il *sumak kawsay*. Il riconoscimento della natura come soggetto di diritti implica che la natura attaccata illegittimamente sia terzo aggredito e avrà ripercussioni anche nella proprietà degli animali. La proprietà di essi subirà limitazioni e saranno configurabili nuove ipotesi di abuso illegittimo dei soggetti titolari. Vi saranno limitazioni alla proprietà fondiaria, cioè il proprietario non dovrà alterare i processi regolatori, con le monoculture minare la biodiversità o più in generale mettere in pericolo le specie. Attento dovrà essere il compito dei giudici di definire il confine dei diritti della natura caso per caso [71]. Oltre all'impegno dei giudici non dovrà venir meno il prosieguo dello sforzo politico per il riconoscimento della natura come soggetto di diritti.

Inoltre se si pensa al discorso alle Nazioni Unite di Evo Morales Ayma e alle disposizioni e intenti dei due Stati (Ecuador e Bolivia) per il riconoscimento dei diritti della natura in ambito mondiale, non è errato ritenere che possa aversi, in campo internazionale, qualche iniziativa, grazie, anche, all'apporto innovatore delle Costituzioni e delle Leggi ordinarie dei due Stati. Johana Pesántez Benítez auspica il sorgere di una Dichiarazione Universale dei Diritti della Natura: "in definitiva, il riconoscimento costituzionale della Natura come soggetto di diritti ci invita a riflettere e ad unire gli sforzi per dare impulso alla tesi di una pronta Dichiarazione Universale dei Diritti della Natura" [72].

Abstract

In this paper, in order to understand if in Italian law there is some possibility of making effective the environmental protection with the recognition of Nature as a subject of rights, the author sets out to evaluate the basics, the steps that led to this conception in Ecuador and Bolivia. For this purpose, he examines

---

[69] Cfr. S. BALDIN, *I diritti*, cit., 33.

[70] Ad esempio come scrive E. R. ZAFFARONI, *La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia*, in *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, a cura di C. Espinosa Gallegos-Anda e C. Pérez Fernández, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, 25: "si avrà chi senza essere pescatore difenda la sopravvivenza di una specie di pesci in un fiume contro la pretesa di costruire dighe che li estinguano, chi può agire in difesa degli uccelli minacciati da pesticidi, chi può farlo di fronte alla pesca o alla caccia industriale, la loro pratica nei tempi di riproduzione".

[71] A tal proposito si veda: E. R. ZAFFARONI, *La naturaleza*, cit., 26.

[72] J. F. PESÁNTEZ BENÍTEZ, *Presentación*, in *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*, a cura di C. Espinosa Gallegos-Anda e C. Pérez Fernández, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, VIII.

the concept of *Buen Vivir* / *Vivir Bien* and how the Andean worldview influenced the laws of both Countries. Later, he analyses the rights of Nature. In particular, he observes that the rights of Nature cannot be subjective rights, but they can be protected by human beings, through the institution of representation and adequate actions available. Finally, he considers the ideas that the Italian legislature could draw from the Andean theories for environmental protection: inspiration to the legal systems of Ecuador and Bolivia, to recognize Nature as titulary of rights. This could provide an effective solution and solve the gaps in the protection in our legal system.

JUS CIVILE

MARIA PIA PIGNALOSA

Ricercatore di diritto privato – Università Foro Italico di Roma

ORDINAMENTO SPORTIVO E FONTI PRIVATE

SOMMARIO: *1. Introduzione. − 2. La natura dei regolamenti federali sportivi. – 3. Principio di sussidiarietà e autoregolamentazione sportiva. – 3.1.* Segue*: rilievi critici.*

1. − I contratti stipulati in violazione dei regolamenti federali sportivi sollevano il problema delle conseguenze derivanti dalla inosservanza di siffatte disposizioni.

Lo studio intende soffermarsi su quelle prescrizioni che sembrano non solo regolare la formazione dei contratti, quanto piuttosto conformarne il contenuto in una logica modellatrice della regola contrattuale [1].

L'interesse per il tema è stato stimolato anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale, largamente criticato dagli interpreti, stando al quale la violazione delle norme dell'ordinamento sportivo, non può non riflettersi sulla validità di un contratto concluso tra soggetti sottoposti a dette regole anche per l'ordinamento dello Stato, poiché se esse non ne determinano direttamente la nullità per violazione di norme imperative, incidono necessariamente sulla funzionalità del contratto medesimo: vale a dire sulla sua idoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2, cod. civ.).

Ad avviso della giurisprudenza, non potrebbe «ritenersi idoneo, sotto il profilo della meritevolezza della tutela dell'interesse perseguito dai contraenti, un contratto posto in essere in frode alle regole dell'ordinamento sportivo e senza l'osservanza delle prescrizioni formali all'uopo richieste proprio in quell'ordinamento sportivo nel quale detta funzione deve esplicarsi» [2].

---

[1] Si vedano, tra le altre, le disposizioni contenute nel *Regolamento per i servizi di procuratore sportivo*, pubblicato sul Comunicato Ufficiale FIGC 26 marzo 2015, n. 190 e reperibile sul sito www.figc.it; le norme organizzativa interne della F.I.G.C. (N.O.I.F.) il cui art. 93 prevede che i contratti che regolano i rapporti economici e normativi tra le società ed i calciatori professionisti devono essere conformi a quelli «tipo» previsti dagli accordi collettivi con le associazioni di categoria e redatti su appositi moduli forniti dalla lega di competenza; *Regolamento per sponsorizzazione e pubblicità della Federazione italiana sport equestri*, reperibile sul sito www.fise.it; il *Regolamento per l'esercizio dell'attività di procuratorie di giocatori professionisti di pallacanestro*, consultabile sul sito www.fip.it.

[2] L'impiego del controllo di meritevolezza al fine di garantire la conformità del contratto alle regole dell'ordinamento sportivo prende le mosse dalla ormai nota Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, in *Giust. civ*., 1982, I, p. 2412, al cui indirizzo si sono poi uniformate: Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, in *Foro it*., 1994, I, c. 412, con nota di R. PARDOLESI; e in *Rass. dir. civ*., 1996, 1, pp. 185 ss., con nota di S. VITALE, *Ordinamento sportivo e meritevolezza dell'interesse*, pp. 186 ss., il quale, nel criticare l'orientamento in esame, osserva come il ragionamento della Corte appaia erroneo in quanto fondato «sulla inaccettabile commistione tra immeritevolezza dell'interesse perseguito ed impossibilità

dell'oggetto del contratto»; Cass., 4 marzo 1999, n. 1855, in *Riv. dir. sport*., 1999, p. 705, con nota di C. GAVALLOTTI, *Le norme dell'ordinamento sportivo tra intervento legislativo e autonomia privata*; e in *Giust. civ*., 1999, con nota di G. VIDIRI, *Contratto di lavoro dello sportivo professionista, patti aggiunti e forma* ad substantiam; Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Rass. dir. ec. sport*, 2006, p. 208, con nota di E. INDRACCOLO, *La cessione dei calciatori tra legge dello Stato e disposizioni federali*; e in *Giur. it*., 2004, p. 1886, con nota di F. IOZZO, *Cessione di calciatori e rapporto fra ordinamento statuale e normativa sportiva*; Cass., 20 settembre 2012, n. 15934, in *Contr. e impr*., 2013, 3, p. 645, con nota di G. FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*; Cass., 17 marzo 2015, n. 5216, in CED Cassazione, 2015; e in "*Filodiritto*"2015, con commento di P. GARAFFA, *Riflessioni in tema di mandato sportivo difforme dai regolamenti federali, alla luce del nuovo "regolamento per i servizi di procuratore sportivo"*; e in *Riv. dir. sportivo*, 2016, 2, p. 441, con nota di C. NOVAZIO, *Nullità del mandato sportivo per violazione di regole formali e sostanziali dell'ordinamento sportivo*.

Per un attento esame della pronuncia della Suprema Corte, Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit., si veda per tutti G. ALPA, *L'ordinamento sportivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, pp. 321 ss., dove l'Autore ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza sul tema della nullità dei contratti stipulati dall'atleta in contrasto con le regole dell'ordinamento sportivo, muovendo dalla pronuncia del '78 (Cass., 11 febbraio 1978, n. 625, in *Foro it.*, 1978, c. 862, con nota di C. M. BARONE.) fino alla sentenza dell''81 (Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit.) che ha modificato il precedente orientamento.

In senso contrario, escludono che il mero inadempimento di una regola sportiva possa automaticamente giustificare la pronuncia di nullità attraverso il richiamo alla non meritevolezza degli interessi coinvolti: Cass., 27 gennaio 2010, n. 1713, in *Mass. Giust. civ*., 2010, p. 111; Cass., 24 settembre 1994, n. 7856, in *Giur. it*., 1995, I, 1, c. 1014 ss.; e in *Nuova giur. civ. comm*., 1995, 6, pp. 1174 ss., con nota di D. CHINDEMI, *Validità di atti contrari all'ordinamento sportivo compiuti da estranei non tesserati*; Cass. Sez. un., 10 novembre 1994, n. 9351, in *Giust. civ*., 1995, pp. 391 ss., con nota di G. VIDIRI, *Potere disciplinare delle Federazioni sportive e competenza dell'a.g.o.*; Cass., 3 aprile 1987, n. 3218, in *Giust. civ*., 1987, p. 1678; Cass., 11 febbraio 1978, n. 625, cit., ove la Cassazione afferma che il contratto tra società calcistica e giocatore professionista, sebbene contrario alla clausola federale, è valido nell'ordinamento giuridico statale e ciò in quanto le norme contenute nei regolamenti delle federazioni sportive, che disciplinano rapporti intersoggettivi privati, sono efficaci unicamente nell'ordinamento giuridico sportivo, sicché la norma federale che prevede un divieto ha valore imperativo solo nell'ambito di quell'ordinamento ma non spiega effetti nell'ordinamento statale, nel quale non esiste una norma imperativa di contenuto identico o analogo.

Per la giurisprudenza di merito, si veda la sentenza del Tribunale di Udine, 16 gennaio 2006, n. 55, in *Contr.*, 2007, 1, p. 31, con commento di P. G. TRAVERSA, *Ordinamento sportivo e contratto "immeritevole" di tutela*.

Come ricorda A. FEDERICO, *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, 27-28-29 marzo 2008, Napoli, 2009, p. 371, nella casistica giurisprudenziale le ipotesi di inosservanza delle disposizioni contenute nei regolamenti federali sono rappresentate, tra le altre, dalla conclusione di contratti conclusi in spregio di prescrizioni formali contemplate dalle norme federali (Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit.; Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, cit.; Trib. Perugia, 21 maggio 1993, in *Giust. civ*., 1993, p. 2837, con nota di G. VIDIRI, *Sulla forma scritta del contratto di lavoro sportivo*; Trib. Treviso, 3 marzo 1994, in *Riv. dir. sport*., 1994, p. 683, con nota di F. CARINGELLA, *Brevi considerazioni in tema di forma del contratto di lavoro sportivo*; e in *Giur. mer*., 1994, p. 609, con nota di F. DEL BENE, *Formalismo giuridico e prescrizioni di forma* ad substantiam *nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato sportivo*; Trib. Udine, 16 gennaio 2006, n. 55, cit.); dalla cessione di atleta avvenuta in violazione del divieto di cessioni temporanee nel settore dilettantistico, nonché del carattere obbligatorio del deposito del contratto presso la federazione sportiva ai fini dell'approvazione (Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit.; Cass., 12 ottobre 1999, n. 11462, in *Riv. dir. sport*., 1999, 2-3, p. 530, con nota di G. VIDIRI, *Forma del contratto di lavoro tra società ed atleti professionisti e controllo della federazione sportiva nazionale*); dalla simulazione del prezzo di un trasferimento di atleta con conseguente mancata sottoposizione al controllo federale dell'accordo integrativo contenente la determinazione del maggiore corrispettivo (Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, cit.); dalla stipulazione di un contratto di mandato tra un procuratore sportivo e un atleta professionista che contrasti con la disciplina federale della forma e della durata contrattuale nonché della misura del corrispettivo (Trib. Udine, 16 gennaio 2006, n. 55, cit.).

Sull'incidenza degli obblighi di forma prescritti dalle federazioni sulla validità del contratto (nella specie si trattava di un contratto di trasferimento dei calciatori) si veda la pronuncia emessa dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport presso il C.O.N.I del 5 marzo 2009, in *Rass. dir. ec. sport*, 2011, 1, p. 168, con nota di A. LEPORE, *Il contratto di cessione di calciatori professionisti: unità dell'ordinamento giuridico e giudizio di validità*.

La dottrina non ha mancato di denunciare come l'orientamento in esame ponga in essere, sia pur mediante il riferimento alla meritevolezza, una sorta di equiparazione tra le regole c.d. sportive e le norme imperative: il requisito della meritevolezza è infatti impiegato utilizzando non solo il parametro delle norme imperative, ma anche le regole dell'ordinamento sportivo, nonostante le stesse costituiscano il frutto dell'autonomia privata delle parti e siano vincolanti per i soli appartenenti all'ordinamento sportivo.

Il rischio insito in questo orientamento, si avverte, risiederebbe proprio nel valutare le norme sportive, frutto dell'autonomia privata, alla stregua di norme imperative, la cui inosservanza determina, attraverso il ricorso alla meritevolezza, l'invalidità del contratto, finendo in questo modo per individuare un'ipotesi di nullità speciale non solo diversa, ma anche più gravosa rispetto a quella di fonte statale.

Deve rilevarsi come il problema dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale sia stato affrontato dalla giurisprudenza in esame in una prospettiva pluralistico-ordinamentale sulla scorta della teoria tradizionale della pluralità degli ordinamenti giuridici che, com'è noto, deve la sua elaborazione a Santi Romano [3]. Proprio in forza della rigida separazione tra i due or-

---

Ripercorre criticamente l'orientamento della giurisprudenza G. FACCI, *Ordinamento sportivo e regole d'invalidità del contratto*, cit., pp. 237 ss., il quale pone in evidenza come in passato il problema si sia posto soprattutto con riguardo alla validità degli accordi aventi ad oggetto il c.d. vincolo sportivo, conclusi senza l'osservanza delle norme regolamentari interne all'ordinamento sportivo. Giova rammentare come il vincolo sportivo sia stato abolito per gli sportivi professionisti dalla legge 23 marzo 1981, n. 91, mentre persiste, sia pur con notevoli limitazioni rispetto al passato, per gli sportivi dilettanti. In argomento si vedano: E. MINERVINI, *Il trasferimento del giocatore di calcio*, in *Rass. dir. civ*., 1984, p. 1062; ID., *Il mercato dei calciatori professionisti*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 432 ss.

[3] SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 2ª ed., 1962, secondo il quale, in estrema sintesi, può configurarsi la sussistenza di un ordinamento giuridico ogniqualvolta si sia al cospetto di un insieme di soggetti organizzati in strutture predefinite e rette da regole certe. Si ravvisano pertanto gli elementi costitutivi degli ordinamenti giuridici nella plurisoggettività, normazione e organizzazione.

È altrettanto noto che l'applicazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici al fenomeno sportivo è opera di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, 1942, p. 29, al quale si riconosce il merito di aver affermato per primo la giuridicità dell'ordinamento sportivo, espressione del «diritto dei privati»; ID., *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo,* in *Foro it*., 1933, I, c. 1381. L'Autore, fermandosi a ragionare sul diritto sportivo, afferma che «principi e norme» dell'ordinamento sportivo sono «assolutamente irrilevanti» per la «legislazione statale» e «si sviluppano e vengono applicati per una loro intima forza incontrollata e incontrollabile dallo Stato»; M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport*., 1949, 1-2, p. 11, riprendendo il pensiero di Romano afferma che l'Autore pose l'equazione: ordinamento giuridico=istituzione; istituzione = corpo sociale avente la propria esistenza in un insieme organizzato di norme, di meccanismi e ingranaggi, di collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme. Tuttavia, afferma Giannini, (spec. p. 11) la nozione di ordinamento giuridico è «rimasta sempre nell'indistinto» ma questa indeterminatezza non ha impedito che della teoria della pluralità si facessero brillantissime applicazioni. Il pionieristico riconoscimento del fenomeno sportivo come ordinamento settoriale che risale allo scritto del'49 è stato poi ripreso dallo stesso Autore a distanza di quasi cinquant'anni, ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1996, pp. 671 ss.

Propongono l'applicazione delle teorie pluralistico-ordinamentali, seppure con diverse argomentazioni: A.E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, pp. 185 ss.; C. CAPOGRASSI, *Alcune osservazioni sopra le molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. int. fil. dir*., 1935, p. 9; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir*., XXXIV, Milano, 1985,

dinamenti, e della negazione di una potestà normativa in capo alle federazioni in materia di rapporti intersoggettivi privati, la Corte reputa astrattamente leciti i contratti in esame nell'ordinamento statale, non potendo la norma federale assurgere al rango di norma imperativa in questo ordinamento; tuttavia la nullità del contratto nell'ordinamento sportivo ridonderebbe nell'ordinamento statale attraverso il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti che fungerebbe da «cerniera» [4] tra i due ordinamenti.

Ne emerge un peculiare significato del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 cod. civ. di cui si è fatta una applicazione irriducibile [5] alle principali ricostruzioni offerte sin ora dalla dottrina e dalla giurisprudenza [6].

---

pp. 32 ss.; e più di recente C. CASTRONOVO, *Pluralità degli ordinamenti, autonomia sportiva e responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv*., 2008, p. 545, efficacemente osserva come «per certi ambiti sociali non è la norma giuridica statuale a svolgere la funzione regolatrice, e lo Stato non impone la propria impronta e la propria supremazia ma sono queste formazioni sociali o come Romano preferisce chiamarle, istituzioni che si danno regole da sé, esercitando un'autonomia che l'ordinamento statuale rispetta. Questo è il caso dell'ordinamento sportivo» nei confronti del quale lo Stato ha lasciato che per determinati, significativi profili della vita sportiva siano le stesse formazioni sociali così qualificate a provvedere da sé, evidentemente avvertendo come invasiva la norma giuridica statuale; G. FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela*, in *Contr. e impr*., 2013, 3, pp. 645 ss.

Le teorie tradizionali della pluralità degli ordinamenti giuridici sono state oggetto di critiche attraverso una diversa lettura del fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico unitariamente inteso e composto da una pluralità di fonti. Si veda tra i primi ad orientarsi in senso critico verso la ricostruzione del fenomeno sportivo secondo la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, pp. 83 ss.; ID., *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici: analisi critica dei profili storici e delle applicazioni al fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport*., 1998, pp. 38 ss.; A. LEPORE, *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, Napoli, 2009, pp. 46 ss.; ID., *L'illecito nell'attività sportiva: una nuova prospettiva*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2006, pp. 99 ss.; ID., *Il contratto di cessione di calciatori professionisti: unità dell'ordinamento giuridico e giudizio di validità*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2011, pp. 175 ss.; P. FEMIA, *Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà delle qualificazioni*, in AA. VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., spec. p. 282; P. PERLINGIERI, *Riflessioni conclusive*, in AA. VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, p. 715, per il quale, «altro è discorrere di pluralità di ordinamenti con riguardo all'ordinamento canonico, oppure all'ordinamento ecclesiastico, espressioni di due distinte sovranità statali (…); altro è discorrere di pluralità di ordinamenti in presenza di autolimitazione della sovranità dello Stato, *ex* artt. 11 e 117 cost., da parte ad esempio del diritto comunitario, inteso come ordinamento autonomo, altro, ancóra, è discorrere di pluralità di ordinamenti quale risultato di esercizio di poteri di autonomia riconducibili, di volta in volta, all'iniziativa economica privata, alla libertà associativa o, per dirla in termini generali, a manifestazioni di autonomia individuale o collettiva, quali fonti di autoregolamentazione».

In giurisprudenza si segnala Cass., 11 febbraio 1978, n. 625, in *Foro it*., 1978, I, c. 862, con nota di C.M. BARONE, con la quale i giudici della Suprema Corte hanno affermato che il fenomeno sportivo «si presenta come organizzazione a base plurisoggettiva per il conseguimento di un interesse generale. È un complesso organizzato di persone che si struttura in organi cui è demandato il potere-dovere, ciascuno nella propria sfera di competenza, di svolgere l'attività disciplinatrice, sia concreta che astratta, per il conseguimento di un interesse generale. È, dunque, un ordinamento giuridico».

[4] L'espressione è di P. FEMIA, *Due in uno*, cit., p. 247.

[5] A. FEDERICO, *op. cit*., p. 374, è tra i primi a segnalare l'applicazione originale che le pronunce in esame fanno del giudizio di cui all'art. 1322 cod. civ.

[6] All'ampiezza del dibattito dottrinale si contrappone una giurisprudenza assestata su posizioni quanto mai tradizionaliste per le quali la contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume costituisce il solo limite all'autonomia privata. Si veda, tra le più esplicite, Cass. 13 maggio 1980, n. 3142, in *Rep. Foro it*., 1980, voce *Contratto in genere*, c. 601, n. 56: «È consentito alle parti di dar vita anche a contratti atipici purché meritevoli di tutela e non, quindi, in contrasto con la legge, l'ordine pubblico e il buon costume»; e la più recente Cass., 24 maggio 2016, n. 10710, in *Notariato*, 2016, 4, p. 363.

Com'è noto il capoverso dell'art. 1322 cod. civ., nel riconoscere alle parti il potere di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, ha da sempre sollevato due principali questioni: se il controllo di meritevolezza abbia ad oggetto solo i contratti atipici; e quali siano i rapporti con il controllo di liceità.

Si tratta di interrogativi strettamente connessi tra loro e ciò in quanto il trascorrere da una nozione tradizionale di causa in astratto – quale funzione economico-sociale del negozio [7], intimamente connessa a quella di tipo contrattuale – ad una nozione economico individuale [8], volta a valorizzare gli aspetti peculiari del singolo regolamento negoziale, avrebbe fatto perdere valenza alla distinzione tra contratti tipici e atipici [9] e al contempo avrebbe determinato una sovrapposizione di piani in quanto il controllo di meritevolezza è ricavato dalla compatibilità della regola privata con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume [10].

Ripercorrendo, sia pur in estrema sintesi, le fasi di questo processo di assimilazione tra giudizio di meritevolezza e quello di liceità occorre ricordare come si sia assistito nel corso degli anni ad un percorso non lineare che ha visto alternarsi ciclicamente le teorie che esaltavano l'autonomia dei due giudizi, e quelle che per contro proponevano una lettura sostanzialmente abrogativa [11] della regola di

---

[7] È questa la nozione di causa che emerge dalla *Relazione* al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile «*Delle obbligazioni*», Torino, 1941, n. 8, pp. VI-VII, dove la causa è definita come: «funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi, diffusi dall'art. 1322, comma 2, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile».

[8] Richiamano espressamente la causa in concreto, tra le altre, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007,10, p. 2203, con nota di G. BOSCHETTI, dove si legge che «La causa del contratto consiste nella funzione economico individuale del negozio posto in essere, è la ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto, a prescindere dalla volontà dei contraenti e non coincide con il tipo contrattuale astratto scelto dalle parti»; più di recente: Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 9, con commento di A. M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*.

[9] Tra i primi autori a proporre un'interpretazione estensiva della regola di cui all'art. 1322, capoverso, cod. civ., nel senso di dilatare il controllo di meritevolezza dell'interesse anche ai contratti tipici, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1943, p. 247.

P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 190, evidenzia la «scarsa persuasività della tradizionale distinzione tra contratti tipici e atipici ai fini del controllo di meritevolezza, poiché questo deve riguardare sempre la "causa specifica" di ogni singolo contratto».

[10] Si veda in questo senso, da ultimo, S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale. Spunti ricostruttivi, profili applicativi*, in *Annali SISDIC*, 2017, 1, pp. 3-5

[11] Si tratta della dottrina fedele alla concezione liberale dell'autonomia privata, attenta ai rischi derivanti dalla utilizzazione disinvolta del giudizio di meritevolezza. Si veda, tra gli altri, G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, pp.199-277, avverte il pericolo che comporta l'introduzione del criterio generico della meritevolezza dell'interesse al fine di garantire una qualche utilità sociale del contratto: «esporre il contratto ad un potere discrezionale del giudice che finirebbe per distruggere il contratto stesso nella sua essenziale funzione contro le esigenze di certezza e stabilità che ne sono alla base»; G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1960, p. 203; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 406; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, pp. 211 e 212; V. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 118.

cui al capoverso dell'art. 1322 cod. civ. ridotta in una replica della regola di cui all'art. 1343 cod. civ. [12]

Quanti hanno cercato di assegnare autonomia ai due giudizi hanno affidato al controllo di meritevolezza la verifica di conformità ora ai parametri costituzionali [13], ora alla congruità dei reciproci sacrifici e vantaggi [14], ora alla tutela di una uguaglianza sostanziale del rapporto [15], ora alla tutela della libertà di mercato [16]. Più di recente si ritiene che il controllo di meritevolezza degli atti di autonomia e quello di legittimità degli atti aventi forza di legge si ispirino agli stessi principi e agli stessi valori [17]; altri, pur evidenziando come meritevolezza e liceità condividano una comune matrice ancorata «ai principi che fondano il sistema», reputano che la meritevolezza si differenzierebbe «su un terreno qualitativo» poiché non è soltanto un limite esterno al quale i privati devono attenersi, «bensì uno strumento capace di indirizzarne in

---

[12] Per un'attenta ricostruzione delle diverse teorie che si sono seguite dalla metà degli anni '30 del secolo scorso fino ai tempi più recenti, si veda: A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pp. 800 ss., il quale ci ricorda come la prima interpretazione dell'art. 1322 cod. civ. proposta da Emilio Betti fosse pienamente fedele alle finalità espresse nella *Relazione* ministeriale al codice civile. Accanto ai tradizionali limiti dell'autonomia privata, il cui superamento determina la illiceità del negozio, si pone la nuova clausola di utilità sociale, da intendersi come il limite positivo dell'autonomia privata, che richiede cioè la positiva rispondenza del contratto agli interessi generali della società.

Per un efficace quadro di sintesi delle diverse tesi v. S. VITALE, *Ordinamento sportivo e meritevolezza*, cit., p. 186.

[13] M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 98; A. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazioni di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1975, p. 489; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 121, 151 e 386; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 431, richiama «le esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali».

Sull'applicazione diretta dei principi costituzionali, si veda per tutti G. D'AMICO, *Problemi [e limiti] dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato [in particolare nei rapporti contrattuali]*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 460 ss., al cui scritto si rimanda anche per i riferimenti bibliografici, spec. p. 492, nota 124; assume una posizione in parte diversa S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela:* quid noctis*?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, pp. 383 ss.; e più di recente si vedano le efficaci e condivisibili riflessioni di A. M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, cit., p. 1213, nota 65, dove l'Autore, nel criticare l'orientamento espresso dalla Corte (Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, cit.), osserva come l'interpretazione dell'art. 1322, comma 2, cod. civ., suggerita dalla giurisprudenza più recente – nella specie le Sezioni unite collegano la meritevolezza di tutela ai superiori valori costituzionali – «abbia permesso alla Suprema Corte di raggiungere la decisione abbastanza velocemente: l'utilizzo sostanzialmente diretto (giacché mediato dal solo riferimento alla meritevolezza) dei principi ha dispensato la Cassazione da un più ampio *iter* argomentativo», sebbene il nostro ordinamento non consenta di derogare all'applicazione delle norme puntuali, in favore di una immediata valorizzazione dei principi, «per quanto nascosta dietro un certo modo, peraltro inaccoglibile, di intendere l'art. 1322, comma 2, cod. civ.».

[14] R. LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 333.

[15] F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002, 2ª ed., pp. 88-89.

[16] C. SANTAGATA de CASTRO, *Condizioni generali del contratto e clausole limitative della concorrenza nei rapporti tra imprenditori e distributori*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970, pp. 139-140.

[17] P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 2, p. 689.

positivo le manifestazioni di volontà verso finalità suscettibili di apprezzamento»[18].

Infine, nell'intento di verificare se esistano degli spazi ulteriori rispetto a quelli indicati da chi ritiene che liceità e meritevolezza coincidano, si rileva come uno spazio potrebbe ravvisarsi allorché il contratto atipico contrasti con regole che non assumono consistenza di legge, la cui violazione non consentirebbe di pronunciare la nullità ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.[19]. L'ipotesi di lavoro consiste proprio nel considerare come la contrapposizione del contratto atipico con regole sottordinate alla legge ne dimostrerebbe comunque la non meritevolezza di tutela[20], impedendo alle parti di chiedere al giudice una pronuncia che ne presupponga al contrario la validità.

A questo proposito la dottrina richiama l'orientamento giurisprudenziale sui contratti di trasferimento di un calciatore che non rispettino le modalità fissate dalle federazioni[21]. Per questa ipotesi, si osserva, il requisito di meritevolezza assume connotato diverso: «attraverso il giudice l'ordinamento effettua quel controllo che non è stato esercitato alla fonte, ovvero sul tipo astratto, ovviamente trattandosi di contratto atipico – per il quale non utilizza il parametro delle sole norme imperative, ma anche indici ulteriori, che proprio il giudice dovrà individuare e, tramite motivazione, giustificare nella loro resistenza ad una diversa volontà delle parti»[22]. Così inteso, si afferma, «il giudizio di meritevolezza diventa una clausola generale di controllo del contratto, al pari del giudizio di buona fede, di cui nessuno si scandalizza, trattandosi semmai di verificare che la selezione degli interessi in base ai quali si distingue il contratto atipico meritevole da quello immeritevole corrisponda ad una valutazione non irrazionale»[23].

Il giudizio di meritevolezza, anche per questa giurisprudenza ha un contenuto «negativo»: il contratto atipico è meritevole se non contrasta con un interesse sovraordinato, ancorché non risultante da norme imperative. A destare perplessità, a ben vedere, è proprio la circostanza che il giudizio sia effettuato impiegando quale parametro di riferimento le norme federali alle quali la stessa giurisprudenza nega il carattere imperativo, riconducendole piuttosto alla figura del contratto normativo. Né può sostenersi che le regole contenute nei regolamenti sportivi siano espressione del sentire etico di una data comunità in un certo contesto storico, ovvero dell'ordine pubblico[24].

---

[18] Così S. POLIDORI, *op. cit*., p. 18.

[19] G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. e impr*., 2004, 2, p. 547.

[20] G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, p. 220.

[21] Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Guida la Dir*., 2004, 12, p. 20; e in *Corr. giur*., 2004, 7, p. 892; in precedenza Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit.

[22] G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, cit., p. 547.

[23] G. SICCHIERO, *op. ult. cit*., p. 549, pone in luce come anche questa seconda impostazione ha contenuto negativo: il contratto atipico è meritevole se non contrasta con un interesse sovraordinato, ancorché non risultante da norme imperative, indicandosi in tal senso quel che il contratto non deve essere, ma non ciò che con esso possa farsi.

[24] L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; G. B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss. A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, *passim*.

2. − Le questioni sollevate impongono di muovere anzitutto dalla natura dei regolamenti federali sportivi, un tema che involge a sua volta quello della natura delle federazioni sportive, rispetto al quale, inevitabilmente, si pone in un rapporto di stretta dipendenza.

È stato opportunamente rilevato che la giurisprudenza formatasi in tema di invalidità del contratto sportivo, concluso in violazione di norme interne all'ordinamento federale, costituisce il frutto di una concezione pubblicistica delle federazioni ormai del tutto superata [25]. Nell'assimilare le norme dell'ordinamento sportivo alle norme imperative e nell'equiparare la frode all'ordinamento sportivo alla stregua della frode alla legge, la giurisprudenza considera le disposizioni federali come se fossero il frutto di una potestà normativa delegata dal legislatore statale alle singole federazioni [26].

E non è un caso che il precedente [27] al quale la giurisprudenza successiva si è omologata, ripetendone pedissequamente e acriticamente la massima, sia un orientamento che si è formato nei primi anni '80. Dunque anteriormente all'entrata in vigore del decreto Melandri del '99 (sul riordino del C.O.N.I.), periodo nel quale il riconoscimento della natura pubblicista delle federazioni era condizionato anzitutto dalla qualifica delle stesse come organi del C.O.N.I.

A fugare ogni dubbio sulla natura [28] privatistica delle Federazioni sportive è intervenuto il decreto Melandri (d.lgs., 23 luglio 1999, n. 242), il cui art. 15 qualifica espressamente le federazioni come *associazioni con personalità giuridica di diritto privato* [29] ai sensi dell'art. 12 cod. civ. e stabilisce, inoltre, che, per quanto non espressamente previsto, le stesse sono disciplinate dal codice civile [30].

---

[25] Si veda così G. FACCI, *Ordinamento sportivo e regole di invalidità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1, p. 258, il quale opportunamente osserva come tale concezione era condizionata dalla qualifica di organi del Coni (avente natura pubblicistica) attribuita alle stesse federazioni dal legislatore con l'abrogata legge 16 febbraio 1942, n. 426, e inoltre dalla previsione della valenza pubblicistica di specifici aspetti dell'attività federale, riconosciuta dall'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 242 del 1999, nel cui ambito, tuttavia, non rientra la potestà normativa e regolamentare, come si evince dal disposto dell'art. 23, comma 1, statuto CONI.

[26] Critica questo orientamento, da ultimo, E. BATTELLI, *Formazione e invalidità del contratto sportivo tra pluralismo delle fonti e unità del sistema normativo*, in *Riv. dir. sportivo*, 2016, 2, p. 366; ID., *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolamentazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017, pp. 190-198.

[27] Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit.

[28] Per una completa analisi dell'evoluzione della natura giuridica delle federazioni, si veda G. VIDIRI, *Autonomia dell'ordinamento sportivo: natura privata delle federazioni e riparto della giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2011, 7-8, pp. 1759 ss.; L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport*, 2000, pp. 60 ss.

Sulla natura privatistica delle federazioni, già prima della riforma Melandri, A. DE SILVESTRI, *Le qualificazioni giuridiche dello sport e nello sport*, in *Riv. dir. sportivo*, 1992, p. 238; R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napoli, 1997, p. 76 ss.

Dopo la riforma del 1999, si veda, tra i tanti, almeno G. NAPOLITANO, *La riforma del Coni e delle federazioni sportive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 113 ss.; ID, *L'adeguamento del regime giuridico del Coni e delle federazioni sportive (Commento a d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 353.

Si veda invece in senso critico, da ultimo, A. AVERARDI, *Tra Stato e società: le Federazioni Sportive nel perimetro mobile delle Amministrazioni Pubbliche*, in *Riv. dir. sportivo*, 2016, 1, p. 38 ss.

[29] Come modificato dal art. 23, d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15.

[30] L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, cit., p. 66, osserva come il decreto legislativo

Vi sono poi ulteriori indici positivi dai quali si ricava come le Federazioni traggano il proprio fondamento giuridico, non già da una delega di poteri normativi da parte dello Stato, quanto piuttosto dalla potestà riconosciuta ad ogni formazione sociale di darsi una serie di regole al fine di disciplinare i rapporti con i propri associati, anche in vista di futuri e distinti accordi negoziali; indici che militano per la natura privata dei regolamenti [31].

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 23, comma 1, statuto del C.O.N.I (d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15) che limita la valenza pubblicistica degli atti delle federazioni sportive alle sole attività espressamente indicate, tra le quali non è compresa la potestà normativa e regolamentare.

Ancora, l'art. 2, comma 1, d. l. 19 agosto 2003, n. 220 (così come modificato dalla legge di conversione 17 ottobre 2003, n. 280) riserva all'ordinamento sportivo l'emanazione di norme statutarie organizzative interne; di norme regolamentari tecniche al fine di garantire il corretto svolgimento dell'attività sportiva; di norme sanzionatorie di carattere disciplinare. Non vi è invece alcuna delega normativa in materia di rapporti intersoggettivi privati di carattere negoziale [32].

La potestà statutaria e regolamentare [33] delle Federazioni sportive deve essere ricondotta pertanto al più generale potere di autonomia privata che l'ordinamento riconosce ad ogni formazione sociale, così come ha espressamente affermato anche la Corte Costituzionale [34].

Sulla scorta di queste premesse, la dottrina tradizionale [35] afferma che le norme sportive, in

---

Melandri abbia operato una parziale privatizzazione del Coni attraverso la scorporazione e la trasformazione della «natura» delle federazioni nazionali da suoi «organi» in associazioni con personalità giuridica di diritto privato «disciplinate», per quanto non espressamente previsto, dal codice civile. L'Autore inoltre rileva come in ragione della valenza pubblicistica della loro attività, le federazioni possono essere considerate come enti privati di interesse pubblico.

[31] G. FACCI, *Ordinamento sportivo e regole di validità*, cit., p. 240.

[32] S. VITALE, *op. cit*., p. 192, suggerisce di distinguere all'interno della complessa normativa emanata dalle federazioni sportive le norme espressione di una potestà normativa secondaria, che in quanto tale rilevano nell'ordinamento statuale, da quelle frutto di autorità private, le quali si fondano sul consenso degli appartenenti alle Federazioni e sono per contro irrilevanti per l'ordinamento generale. Nel medesimo senso anche R. CAPRIOLI, *Nota a Cass Sez. un.., 9 maggio 1986, n. 3092*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1987, I, pp. 211 e 214, secondo l'Autore il criterio distintivo risiederebbe sulla attribuzione alle federazioni di specifiche potestà pubbliche in relazione a determinate materie.

[33] L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, p. 71, rileva come il riconoscimento di un'autonomia di tipo privatistico, che si manifesta essenzialmente negli statuti e nei regolamenti, comporta un cambiamento dei parametri di valutazione della stessa autonomia, sollevando la questione dei limiti posti all'autonomia federale. Al riguardo rilevano quelli generali posti all'autonomia privata, liceità, meritevolezza, non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, ai quali si ricorre per la valutazione delle clausole contenute negli atti federali. In argomento si veda l'approfondito studio di R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, cit., p. 63 ss.

[34] Corte Cost., 14 dicembre 2010, n. 49, in *Giust. civ*., 2011, 5, p 1145, non pone in dubbio che le associazioni sportive siano tra le più diffuse "formazioni sociali" dove l'uomo svolge la sua personalità, la cui tutela è garantita a livello costituzionale ai sensi degli artt. 2 e 18 Cost. Si veda inoltre Corte Cost., 11 febbraio 2011, n. 49, in *La responsabilità civile*, 2011, 6, p. 417, con nota di G. FACCI; e in *Corr. giur*., 2011, p. 1543, con nota di F. G. SCOCA.

[35] G. FACCI, *Ordinamento sportivo e regole di validità del contratto*, cit., pp. 258 ss.; A. FEDERICO, *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza*, cit., p. 379; M. BELLANTE, *Contratto concluso in*

quanto espressione di un potere spettante a qualsiasi istituzione privata di darsi regole nel proprio ambito secondo i canoni dell'autonomia privata, non potrebbero essere assimilate alle norme giuridiche. Le norme sportive, fondate sul consenso degli appartenenti alle federazioni, devono essere considerate invece espressione dell'autonomia privata degli associati e, in forza della natura prettamente negoziale, non possono essere confuse con le norme imperative, dovendosi conseguentemente escludere che l'inosservanza delle norme statutarie o regolamentari possa rilevare sotto il profilo della violazione di legge con conseguente nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ.

È a ben vedere la stessa giurisprudenza[36] ad escludere espressamente la natura imperativa delle norme federali e a richiamare, per contro, la controversa figura del contratto normativo[37] proprio per qualificare la natura giuridica dei regolamenti in esame.

In un remota pronuncia degli anni '80, alla quale si sono conformate le sentenze successive, i giudici della Suprema Corte[38], nel qualificare i regolamenti federali come contratti normativi, hanno avuto cura di delineare i caratteri precipui della figura, il cui oggetto è il contenuto dei futuri contratti e la cui funzione non risiede nella disciplina di rapporti concreti, ma nella statuizione di norme da osservarsi per la disciplina uniforme di rapporti futuri ed eventuali. Si afferma inoltre come il contratto normativo, non solo abbia una struttura del tutto peculiare – non risultando da un punto di incontro di contrapposti interessi, bensì dal parallelismo delle volontà dirette tutte ad un unico risultato (ossia l'atto normativo) – ma diversamente dal contratto, che di regola ha effetto solo tra le parti, è destinato a produrre effetti anche rispetto a soggetti diversi

---

violazione delle regole dell'ordinamento sportivo e nullità nell'ordinamento giuridico statale, in *Riv. dir. sportivo*, 2013, n. 3-, p. 672.

[36] Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit.; Cass., 5 aprile 1993, n. 4063, cit.

[37] R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, *Artt. 1321-1352*, in *Comm. Scialoja–Branca*, Bologna-Roma, 1970, pp. 21 ss., osserva che «secondo un indirizzo prevalente, non può correttamente discutersi di contratto normativo né dal punto di vista della teoria generale né sul piano del diritto vigente; per l'incompatibilità di natura e funzione che corre tra il contratto, con cui le parti dispongono in ordine ai propri rapporti giuridici, e la norma, che crea di massima regole generali ed astratte».

Sul contratto normativo come espressione dell'autonomia privata si vedano L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, in *Arch. giur*. F. Serafini, 1937, p. 66; G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 39; ID., voce *Contratto normativo*, in *Enc. giur*., IV, Roma, 1988, p. 3; M. DOSSETTO, *Contratto normativo*, in *Noviss. Dig. it*., IV, Torino, 1959, p. 665; F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto-tipo*, in *Enc. dir*., X, Milano, 1962, pp. 116 ss.; S. MAIORCA, *Normativo, (contratto)*, in *Dig. disc. priv*., Torino, 1995, p. 169; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; ID., *Vecchi e nuovi confini dell'autonomia contrattuale*, in AA.VV., *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M. N. Miletti, Milano, 2006, p. 410, evidenzia, con riguardo ai contratti normativi collettivi, come gli stessi "non sono destinatarî di una forma di delega legislativa, perché mantengono la loro natura negoziale ed operano sul piano dell'autonomia contrattuale, ma certo svolgono una funzione di disciplina che soddisfa un sicuro interesse legislativo»; più in generale per un approfondito studio dei regolamenti privati si veda il lavoro monografico di E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, *passim*; e più di recente F. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbl. e contr*., 2008, pp. 62 ss.

Sull'interpretazione del contratto normativo si veda per tutti A. GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, in *Contr. e impr*., 1999, 3, pp. 1162 ss.

[38] Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, cit.

da coloro che l'hanno formato. Può infatti accadere che il contratto normativo sia posto in essere non già direttamente dalle parti che stipuleranno i futuri contratti cui l'accordo si riferisce, bensì da associazioni, gruppi sociali o comunque da istituzioni di cui le parti stesse fanno parte, in forza del vincolo di appartenenza che lega i singoli contraenti alla organizzazione che predispone l'accordo medesimo, come nel caso dei contratti collettivi di lavoro, che rappresentano il contratto normativo per antonomasia.

Si tratta dunque, com'è noto, di un mezzo di predisposizione di disciplina di futuri contratti [39].

Con riguardo ai regolamenti federali sembrerebbe venire in rilevo la particolare figura del contratto normativo a formazione associativa, in quanto è posto in essere dalla federazione e i soggetti ad essa appartenenti, con la loro adesione alla federazione, manifestano la volontà di sottostare anche alle regole che disciplinano i futuri eventuali contratti che volessero porre in essere nell'ambito della corrispondente organizzazione sociale [40].

Il fondamento di questo potere andrebbe ravvisato in una potestà, originaria e indipendente dall'autorità statale, di ogni singolo nucleo sociale di darsi una serie di regole alla cui osservanza i singoli componenti si obbligano in forza dell'atto di adesione al gruppo.

Diversamente da quanto accade con un contratto normativo bilaterale, che le parti possono disattendere in sede di conclusione del singolo contratto, modificando le clausole già concordate in via generale, il regolamento sportivo, in quanto contratto normativo associativo frutto di una collettività organizzata, vincola i singoli membri alla sua osservanza, escludendo qualunque possibilità di apportarvi modifiche o deroghe in sede di conclusione dei singoli contratti, se non con il consenso di tutte le parti che hanno stipulato il contratto normativo [41].

Dunque occorre comprendere quali sono gli effetti che discendono allorché il singolo contratto contravvenga al contratto normativo. Si tratta senza dubbio dell'aspetto più critico, sul quale però la giurisprudenza in esame non ha preso partito, se non fugacemente, con riguardo all'ipotesi del patto sulla forma.

A questo proposito deve distinguersi l'ipotesi in cui nel contratto normativo sia stata regolata la forma dei futuri contratti da quella in cui, invece, siano previsti il contenuto precettivo o singole clausole che devono avere i futuri contratti.

Muoviamo da questa ultima ipotesi.

Secondo l'opinione classica, la violazione di un contratto normativo, che si specifica nella conclusione di un contratto difforme rispetto ad esso, determina l'inadempimento dell'obbligazione di contrarre in un certo modo e, pertanto, l'inadempimento di un'obbligazione di fare incoercibile [42].

---

[39] In questo senso, tra i primi, F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto-tipo*, cit., pp. 116 ss.

[40] Com'è noto, nell'ordinamento sportivo, attraverso il tesseramento alla federazione, l'atleta si impegna anche ad osservare le norme federali.

[41] M. BELLANTE, *op. cit.*, p. 674.

[42] F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, p. 667; L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, cit., p.

Di fronte all'inosservanza del contratto, l'interpretazione tradizionale attribuisce al contratto normativo un'efficacia meramente obbligatoria e, conseguentemente, nega efficacia cogente al contratto normativo, precludendo allo stesso di penetrare nel contenuto del contratto anche contro la volontà delle parti.

Assecondando una diversa prospettiva si giungerebbe infatti a teorizzare uno schema di sostituzione legale di clausole analogo a quello regolato dall'art. 1339 cod. civ., ma in difetto di una previsione di legge in tal senso [43].

Anche coloro i quali riconoscono ai contratti in esame la qualità di fonti di integrazione dei contratti individuali negano ai primi la capacità di imporsi contro la volontà dei singoli contraenti trattandosi di un «diritto dispositivo dei privati» [44].

L'inadempimento del contratto normativo non rimarrebbe comunque privo di conseguenze, e ciò in quanto l'inosservanza dei regolamenti sportivi determina anzitutto l'applicazione dei provvedimenti sanzionatori e disciplinari previsti dall'ordinamento sportivo [45].

Ad una diversa conclusione potrebbe giungersi solo allorché sia lo stesso legislatore a condizionare l'efficacia dell'accordo al rispetto delle norme regolamentari, come accade con l'art. 5,

---

66, nell'interrogarsi se siano ammissibili contratti normativi muniti di efficacia cogente, ossia reale, tale da penetrare nel contratto singolo, anche contro la volontà delle parti che li pongono in essere, afferma che ha giustamente prevalso la tesi che un'efficacia superiore a quella puramente obbligatoria non può riconnettersi ai contratti normativi. La volontà delle parti è reputata insufficiente ad imporre un valore categorico e cogente, esulando questo dall'intensità del vincolo contrattuale. In questo senso sono orientati BARBERO, *Il contratto tipo nel diritto italiano*, Milano, 1935, p. 56; MESSINA, *I contratti di tariffa*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 502.

Si pone in una diversa prospettiva G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., pp. 41-42, per il quale può riconoscersi al contratto normativo efficacia reale, da intendersi come efficacia diretta sul rapporto cui si rivolge mediante un effetto integrativo dei successivi singoli contratti. L'Autore, pur riconoscendo detta efficacia reale, nel senso chiarito, e non meramente obbligatoria, afferma che la stessa possa essere impedita da un successivo accordo a ciò rivolto, cosicché ove le parti concordemente lo vogliano, possono sempre escludere dal contenuto del contratto particolare quelle clausole che pure erano state predisposte in vista di esso. G. GUGLIELMETTI, voce *Contratto normativo*, cit., p. 3, reputa, con riguardo al contratto normativo bilaterale, che lo stesso possa qualificarsi come una intesa preparatoria diretta a predisporre in tutto o in parte il contenuto di eventuali futuri contratti. Quanto agli effetti sui singoli contratti particolari non sarebbe necessaria né una riproduzione espressa del testo, né un richiamo, essendo sufficiente affinché operi l'integrazione, che ciascuna parte non abbia manifestato una volontà contraria. Basterebbe il silenzio, insieme alla mancata previsione di clausole con esse contrastanti affinché si realizzi l'effetto integrativo.

Si veda inoltre S. MAIORCA, *Normativo* (*contratto)*, cit., p. 168 ss., per il quale il contratto normativo bilaterale produce un effetto reale che si colloca nel quadro delle fonti o mezzi di integrazione del contenuto del contratto.

[43] Evidenzia questo profilo G. FACCI, *Ordinamento sportivo e regole d'invalidità del contratto*, cit., p. 261.

[44] G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., pp. 210 ss., considera i contratti normativi a formazione associativa vere e proprie fonti di clausole d'uso, così riconoscendo agli stessi, accanto alla *funzione normativa* anche una *funzione autoritativa* che è imposizione di una disciplina contrattuale anche nei confronti dei terzi interessati. Si tratta per l'autore di strumenti normativi, alternativi alla legge, che operano nel rispettivo settore d'incidenza in qualità di fonti di integrazione di contratti individuali, «ma non giungono ad imporsi contro la volontà espressa dei singoli contraenti». L'effetto integrativo discende dalla assimilazione dei contratti-tipo e delle rispettive clausole alla stregua di clausole d'uso *ex* art. 1340 cod. civ. secondo una concezione che valuta l'usualità della regola in base alla rappresentatività dei soggetti che la pongono in essere. L'art. 1340 cod. civ. aprirebbe così la disciplina codicistica delle fonti di integrazione del contratto.

[45] G. FACCI, *op. ult. cit.*, p. 261.

comma 2, della legge n. 91 del 1981 sul professionismo sportivo, laddove il legislatore, nel regolare la cessione del contratto di lavoro da una società ad un'altra, ha richiamato, non solo il consenso dell'altra parte, ma anche l'osservanza delle modalità fissate dalle norme sportive. Detta disposizione confermerebbe, pertanto, che la violazione delle regole sportive in sé e per sé non incide né sulla validità né sull'efficacia, a meno che non sia la legge a riconnettere detti effetti alla violazione delle stesse.

Opinando diversamente l'espresso richiamo operato dall'art. 5, legge n. 91/1981 alle modalità fissate dalle federazioni sportive nazionali, al cui rispetto si subordina l'efficacia del contratto di cessione, si rivelerebbe del tutto superfluo e inutile [46].

Quanto invece all'ipotesi in cui il contratto normativo prevede l'osservanza di una data forma per la conclusione dei successivi contratti occorre verificare se sia possibile [47] invocare l'applicazione dell'art. 1352 cod. civ. sulle forme convenzionali [48].

Militerebbe in questo senso l'art. 15, comma 2, del d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 (come modificato dal d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15) laddove prevede che le federazioni sportive nazionali sono soggette, per quanto non disposto dal decreto, alla disciplina del codice civile ed alle relative disposizioni di attuazione.

La norma contenuta nell'art. 1352 cod. civ., com'è noto, ha dato vita ad un vivace dibattito. La tesi che sembra preferibile ammette che il patto sulla forma *ad validitatem* imponga specifici obblighi di forma, il cui mancato rispetto comporta la nullità del contratto [49], a meno che le parti

---

[46] G. FACCI, *op. cit*., p. 263.

[47] Riconoscono espressamente che le regole sul formalismo convenzionale possono trovare la loro fonte, non solo in un accordo individuale sulla forma, ma anche in una disposizione contemplata in un contratto collettivo: Cass., 14 maggio 1996, n. 4471, in *Giust. civ*., 1997, I, p. 169; Cass., 28 novembre 1994, n. 10121, in *Dir. giur. agr*., 1995, p. 343; Cass., 13 giugno 1990, n. 5731, in *Orient. giur. lav*., 1990, p. 72.

[48] In argomento si vedano almeno: L. CARIOTA FERRARA, *La forma del contratto ed i contratti sulle forme*, in *Riv. not*., 1948; I, p. 19 ss.; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949; M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti* (dir. priv.), in *Enc. dir*., XVII, Milano, 1968, p. 988; A. PALAZZO, *Forma del negozio giuridico*, in *Digesto civ*., VIII, Torino, 1992; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1999, p. 140; M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ*., 1980, I, p. 2236; F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla "documentazione" del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, pp. 91 ss; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione". A proposito di un libro recente*, in *La forma degli atti*, cit., pp. 433 ss.; U. LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ*., 1993, p. 554, nel ripercorrere le tesi degli assertori della rilevanza strutturale della forma e quelle dei sostenitori dell'analisi funzionale, rileva come sia merito indiscusso di entrambe le correnti di pensiero quello di aver reso evidente che nell'accordo sulla forma non possa essere rinvenuto un limite all'autonomia negoziale, costituendo anzi il negozio *de quo* proprio una espressione di questa; più di recente, V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2000, *passim*; A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, pp. 335 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ*., 2004, pp. 241 ss.

[49] Le conseguenze dell'inosservanza del patto sulla forma rappresentano l'aspetto più dibattuto in dottrina potendosi isolare la posizione di quanti ritengono di invocare l'inefficacia, malgrado il legislatore abbia espressamente richiamato la validità (vedi in questo senso A. GENOVESE, *op. cit*., pp. 69 ss.), e quanti invece pur richiamando la categoria della nullità reputano che la stessa non appartenga al tipo «nullità» disegnato dal legislatore, in quanto può esse-

non abbiano diversamente disposto. Il patto può essere derogato e revocato in qualsiasi forma, anche per fatti concludenti, e persino con revoca implicita del preesistente patto sulla forma, ma con il limite che ciò avvenga concordemente da parte di tutti i sottoscrittori [50].

La mancata coincidenza, tra le parti che hanno predisposto i regolamenti federali contenenti il patto sulla forma e tutte le parti che hanno aderito al patto e che successivamente hanno concluso i singoli contratti senza rispettare il vincolo di forma imposto dal regolamento, dovrebbe indurre a escludere l'ipotizzabilità di una revoca solo implicita del preesistente patto sulla forma, perché a tal fine occorrerebbe l'accordo di tutte le parti che hanno sottoscritto il regolamento.

Non merita poi consenso la critica secondo la quale soltanto la legge può stabilire l'invalidità del contratto. È infatti proprio la legge, sia pur mediatamente [51], a connettere la nullità alla scelta delle parti. Una scelta che costituisce l'esercizio di un potere attribuito alle parti dallo stesso art. 1352 cod. civ. di costruire la fattispecie rendendo forte una fattispecie debole attraverso l'aggiunta del requisito di forma [52].

Se si ammette l'applicabilità dell'art. 1352 cod. civ. per regolare il rapporto tra il contratto normativo sulla forma [53] e i singoli contratti successivi ad esso difformi, può desumersi per questa ipotesi la nullità dei contratti proprio in quanto l'ordinamento presume [54] che la forma sia stata voluta per la validità degli stessi.

In forza di queste considerazioni può affermarsi, con riguardo ai contratti conclusi in violazione dei regolamenti federali che prescrivono requisiti di forma per la conclusione dei successivi contratti, che il richiamo alla meritevolezza per argomentare la nullità dei contratti si rivela

---

re fatto valere solo dalla parte interessata (così, tra gli altri, M. GIORGIANNI, *op. cit*. p. 1001). P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 140, sottolinea la necessità di tener presenti le profonde differenze tra le forme legali, e dunque eteronome, e quelle convenzionali. Con la conseguenza che la nullità derivante dalla loro violazione deve essere compatibile con il carattere essenzialmente disponibile degli interessi che ne costituiscono il fondamento. Si esclude la correttezza del ricorso alla nullità legale per affermare la necessità di enucleare una forma di invalidità convenzionale la cui disciplina andrebbe ricostruita avendo riguardo alla particolarità degli interessi in gioco.

[50] A. GENTILI, *La forma*, in AA. VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, p. 90.

[51] A. GENTILI, *op. loc. ult. cit*.

[52] Così N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, p. 50. In argomento si vedano inoltre le pagine di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 140, il quale osserva opportunamente come l'idea di non attribuire ai privati la facoltà di "aggravare" le forme prescritte dal legislatore, si rivela una preoccupazione storica mal conciliabile con l'esplicita previsione di cui all'art. 1352 cod. civ.

Richiama più di recente il patto sulla forma come aggravamento dell'accordo, A. M. BENEDETTI, *op. cit*., pp. 335 ss. Si pone in una prospettiva antitetica A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., pp. 15 ss, per il quale i privati non hanno la potestà di disegnare la fattispecie negoziale, ma soltanto di determinare il contenuto.

[53] L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, p. 287, annovera tra le figure di contratto normativo proprio l'art. 1352 cod. civ. In senso sostanzialmente analogo anche F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 670; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 297, per il quale il patto di forma rientra nella categoria dei negozi normativi.

[54] F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 153; C. M. BIANCA, *op cit*., p. 298, rilevano come non si tratti di una presunzione in senso proprio (mezzo di prova di un fatto ignoto) quanto piuttosto di una regola legale interpretativa che opera solo quando l'interpretazione soggettiva del patto non accerta una diversa volontà delle parti.

essere una superfetazione inutile [55] in quanto la nullità degli stessi può essere ricavata proprio in applicazione dell'art. 1352 cod. civ. e dunque ricorrendo all'art. 1418, comma 2, cod. civ. [56], piuttosto che all'art. 1418, comma 1, cod. civ. Ne discende pertanto non un giudizio di immeritevolezza ma di invalidità del contratto sportivo.

Tale conclusione è apparsa comunque discutibile, allorché si consideri il vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha condotto ad esiti assai distanti con riguardo alle conseguenze della violazione delle prescrizioni di forma e non necessariamente nella direzione della nullità [57].

Quanto invece ai regolamenti che prevedono vincoli di contenuto per i contratti conclusi tra appartenenti alle federazioni, l'espressa esclusione della natura imperativa delle regole in esame a favore di una loro qualificazione, ad opera della stessa giurisprudenza, come contratti normativi avrebbe dovuto comportare non già una pronuncia in termini di nullità, quanto piuttosto ad un accertamento dell'inadempimento di un obbligo di fare incoercibile, ossia di contrarre in un certo modo, fatta salva l'ipotesi in cui sia lo stesso legislatore a considerare il rispetto delle norme regolamentari una condizione di validità dell'accordo.

3. − La prospettiva d'indagine adottata non è stata però esente da critiche da parte di quanti hanno qualificato le disposizioni dei regolamenti federali come norme giuridiche la cui violazione può determinare la nullità del contratto [58].

La idoneità dei regolamenti federali a dettare regole che abbiano caratteri di norme giuridi-

---

[55] Il ricorso al giudizio di meritevolezza è stato giudicato impertinente anche con riguardo alle ipotesi in cui la violazione dei regolamenti federali determini una impossibilità oggettiva ed assoluta di eseguire la prestazione. A questo proposito si è soliti richiamare il caso del contratto di sponsorizzazione concluso dalle parti in violazione delle norme interne all'ordinamento sportivo che disciplinano le modalità di veicolazione del messaggio promozionale dello *sponsee*. In questo caso il mancato rispetto delle norme federali in tema di sponsorizzazione può determinare l'impossibilità assoluta di realizzare la prestazione contrattuale nell'ordinamento sportivo. Ne discenderebbe dunque una nullità del relativo contratto per impossibilità dell'oggetto. Nella medesima prospettiva si richiama inoltre il caso della cessione del c.d. cartellino ad una persona fisica, in spregio all'espresso divieto sancito dalle norme sportive, che consentono soltanto ai sodalizi sportivi di acquisire la titolarità dei diritti di utilizzazione delle prestazioni dell'atleta. Anche per queste ipotesi, dunque, il richiamo alla meritevolezza si rivela inadeguato, trattandosi di una nullità strutturale che discende dal combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, cod. civ. e 1346 cod. civ. Lo ricordano, tra gli altri, G. FACCI, *op, cit*., p. 262; A. FEDERICO, *op. cit*., p. 388; G. SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, in AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, p. 261, evidenzia come a fronte delle peculiarità delle singole fattispecie, delle diverse disposizioni in concreto violate e della natura degli interessi in gioco, sono ipotizzabili una varietà di diverse qualificazioni in ordine alla patologia dei contratti conclusi in contrasto con le prescrizioni federali.

[56] A. GENTILI, *La forma*, cit., p. 89, avverte come l'art. 1325, n. 4, cod. civ. «non dice tutto il vero, quantomeno nella parte in cui non richiama il precetto, contenuto invece nell'art. 1352 cod. civ., per il quale la forma che i contraenti abbiano convenuto per iscritto di adottare si presume richiesta per la validità del contratto di futura conclusione».

[57] Si veda in questo senso A. FEDERICO, *op. cit*., p. 386.

[58] Di recente in questo senso G. SANTORELLI, *op. cit*., p. 251, il quale, riprendendo il pensiero di P. FEMIA, (*Due in uno*, cit., p. 292), ritiene che la sussidiarietà possa abilitare le istituzioni federali a disciplinare aspetti formali e di contenuto dei contratti dello *sport*, ponendo norme che possano costituirne parametri di validità.

che è un tema molto dibattuto e sul quale si registra un vivace contrasto tra gli interpreti, potendosi isolare da un lato l'opinione legata alla tradizionale separazione tra gli ordinamenti, che nega alle regole delle federazioni sportive il valore di norme giuridiche, sulla scorta della considerazione che il potere statutario e regolamentare esercitato dalle Federazioni costituisce espressione del più generale potere di autonomia privata e ciò non consentirebbe di ascrivere ad esse una valenza maggiore rispetto a quella riconosciuta a qualsiasi regolamento contrattuale; dall'altro, l'opposto orientamento che in forza del principio di sussidiarietà [59] orizzontale di cui all'art. 118, ult. comma, Cost. supera l'impostazione pluralista e riconosce ai regolamenti sportivi l'attitudine ad esprimere discipline che abbiano caratteri di norme giuridiche, finanche imperative. Sulla scorta del principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come norma *sulla* compe-

---

[59] Il riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale si è avuto, com'è noto, in seguito all'entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato l'art. 118 Cost.

In giurisprudenza si veda a questo riguardo Cons. Stato, 12 maggio 2006, n. 2676, in www.giustizia-amministrativa.it. Secondo i giudici di palazzo Spada il principio di sussidiarietà impone che «gli interventi pubblici siano svolti al livello più appropriato»; Corte Cost., 24 settembre 2003, nn. 300 e 301, in *Corr. giur*., 2003, p. 1567, ha ulteriormente specificato che il principio di sussidiarietà disegna un nuovo sistema di rapporti tra pubblico e privato.

In dottrina sul principio di sussidiarietà si vedano almeno: A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. pubbl. com*., 1997, p. 609 ss., nota come il principio di sussidiarietà determini un «assetto mobile delle competenze»; A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra"sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001, p. 65 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl*., 2002, p.14, ove nel tentativo di definire il principio di sussidiarietà evidenzia come non si tratti «di un principio o criterio sostanziale, ma di un principio o criterio procedurale: esso non dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente»; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51; V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXV 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori*, Padova, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, p. 2 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. Perlingieri – F. Casucci (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 145, osserva che «Preso sul serio – non come mero programma di filosofia pubblica (vale a dire: linea di tendenza di una politica), ma come norma giuridica – il principio di sussidiarietà opera sul piano dei criteri ordinatori delle fonti del diritto. Esso è al pari di gerarchia e competenza, norma sulla produzione giuridica». Muove da queste stesse premesse D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 25 ss., il quale osserva come il principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale comporti un diretto coinvolgimento dei cittadini, intesi non soltanto come destinatari passivi ma anche e soprattutto come protagonisti attivi nello svolgimento di quelle attività e decisioni di interesse generale che li riguardano, comprese le attività tradizionalmente di competenza pubblica; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ*., 2008, I, p. 259; ID., *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ*., 2014, 2, p. 381 ss., ed in M. Nuzzo (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I vol., Torino, 2014, p. 576. Si vedano poi, più di recente, Fr. BOCCHINI, *Contributo allo studio del diritto sussidiario,* Roma, 2013, nel quale l'A. analizza in chiave critica il tema dello spazio di operatività del principio di sussidiarietà orizzontale; R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. Nuzzo (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 4, dopo aver indagato la polisemia del termine «sussidiarietà» si sofferma sulla circostanza che il principio di sussidiarietà può essere inteso secondo due contigui e complementari significati: criterio di interpretazione delle norme, nonché criterio di produzione delle norme; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016; il principio di sussidiarietà e le sue implicazioni nell'ordinamento sportivo sono indagati da M. CIMMINO, *Sussidiarietà orizzontale e ordinamento sportivo*, in M. Nuzzo (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., pp. 225 ss; e G. SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, cit., pp. 235 ss.

tenza che abilita il regolatore privato a produrre la disciplina della materia stessa, si ritiene che gli atti di autonomia regolamentare valgono per i singoli contratti di lavoro sportivo come vere e proprie norme imperative la cui violazione è causa di nullità del contratto [60].

Entrambe le tesi non revocano in dubbio la qualificazione dei regolamenti federali come espressione dell'autonomia privata, ma è l'inclusione della stessa autonomia privata tra le fonti del diritto, ed in particolare sull'attitudine dei regolamenti federali a porre in essere norme giuridiche, finanche imperative, che si ravvisa la distanza tra le due impostazioni.

Occorre allora prendere le mosse proprio dalla configurabilità del contratto tra le fonti del diritto, per poi verificare quale valenza possa ad esso riconoscersi.

Le riflessioni sul contratto come fonte del diritto affondano le radici nello scorso secolo ma l'attenzione verso il tema della formazione negoziale del diritto in questi anni non è scemata, al contrario è stata stimolata da un processo di continua diffusione di un diritto che nasce dal basso, ossia dalle organizzazioni della società civile, e si misura con la progressiva crisi dello Stato e con la perdita di centralità della legge [61].

Non solo il codice civile ha perduto la sua centralità nel sistema della fonti ma è la stessa legge speciale, che aveva dato origine all'età della decodificazione [62], ad arretrare e a lasciare spazio al nuovo ruolo normativo dei privati in un lungo processo originato dalla progressiva emersione delle autonomie dei gruppi sociali. L'emergere dei gruppi organizzati evidenzia l'inadeguatezza e l'insufficienza di quelle dottrine che concepiscono il diritto come il prodotto esclusivo della volontà dello Stato e in questa prospettiva è grazie al pensiero di Santi Romano che si apre la strada al superamento delle dottrine statualistiche del diritto.

Alla riduzione dell'intervento statale corrisponde simmetricamente una rinnovata fiducia

---

[60] P. FEMIA, *Due in uno*, cit., p. 296.

[61] N. LIPARI, *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza italiana*, in *Sociologia del diritto*, 1985, 2, p. 7 ss; ID., *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ*., 1987, p. 311, avverte: «Se il diritto non ha più la sua fonte esclusiva nell'autorità statale e si stempera in una serie articolata di fonti diverse, non sempre convergenti, è necessario abbandonare l'uso sclerotizzato di categorie concettuali la cui funzionalità operativa è in qualche modo connessa alla concentrazione autocratica del potere di normazione». La creazione extra sistematica di norme giuridiche, ossia la loro affermazione al di fuori dei normali circuiti di produzione delle leggi, «lungi dal costituire un fatto eccentrico o eccezionale, rappresenta una connotazione essenziale della stessa positività di un ordinamento giuridico» e ciò in quanto – come rileva G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato. Parte seconda. Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, in *Piccole conferenze*, Modena, 2017, p. 18, – «è lo stesso ordinamento che consente la creazione di norme giuridiche al di fuori delle fonti istituzionali: si tratta infatti della creazione di regole e della istituzione di diritti soggettivi che non proviene dall'alto, cioè dalla imposizione con legge o con provvedimento amministrativo avente natura di normazione sub-primaria, (*lex posita*, deliberazioni delle agenzie amministrative indipendenti) ma proviene dal basso, cioè da formule organizzatorie della società civile»; ID., *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. e comm*., già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, p. 328.

[62] Sulla decodificazione, ossia sul movimento legislativo che, affidando cospicue materie a sedi esterne al codice civile, ne ha svuotato mano a mano il contenuto, si veda N. IRTI, *"Codici di settore": compimento della decodificazione*, in *Dir. e soc*., 2005, pp. 132 ss.; ID., *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc*., 1978, p. 635, poi pubblicato con lo stesso titolo come volume autonomo (Milano, 1979); ID., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ*., 1979, I, pp. 141 ss.

nell'autonomia, intesa non più e non solo come manifestazione di libertà, quanto piuttosto nel suo essere espressione del potere dei privati, potere di creare, in concorso con altre fonti, regole di condotta, norme giuridiche [63].

Muovendo anche dal significato etimologico della parola *autonomia* la dottrina ciclicamente afferma come essa suggerisca qualcosa di più che non la semplice libertà di agire, atteggiandosi piuttosto come potere di creare, entro i limiti [64] imposti dalla legge e dalla Costituzione, delle norme giuridiche [65].

Al riguardo, può ricordarsi, sia pur in estrema sintesi, come l'idea del contratto come norma accomuni diverse scuole di pensiero anche distanti tra loro [66]. Già le risalenti concezioni normativistiche annoveravano il contratto tra le fonti del diritto, sebbene sia privo dei caratteri della generalità e dell'astrattezza [67]. La stessa idea informa anche concezioni antitetiche a quella Kelseniana, come la teoria istituzionale di Santi Romano. Per molte istituzioni sarebbe proprio il

---

[63] Ben ripercorre questo passaggio F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008, p. 49; più di recente si vedano G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 327, osserva come autonomia privata, codici deontologici, accesso alla giustizia presentano un denominatore comune: la formazione negoziale del diritto; e F. MAISTO, *op. cit*., p. 133.

[64] G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 328, si pone il problema dei limiti all'auto normazione e delle garanzie che debbono essere mantenute in capo ai privati. In particolare si osserva che «Se la creazione negoziale dà vita ad un sistema aperto, e si pone in un rapporto relazionale con l'ambiente, e se si può considerare sempre attuale la concezione pluralistica degli ordinamenti giuridici, in ogni caso le regole autopoietiche debbono uniformarsi ad una tavola di valori che non si può porre in contrasto con quella che sta alla base dell'ordinamento»; E. BATTELLI, *I contratti-tipo*, cit*.,* p. 337, per il quale non è più sufficiente parlare di fuga dal codice verso leggi speciali; «la tendenza centrifuga è ancor più radicale verso fonti diverse da quelle legali».

[65] Così L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 4. Nel senso che le regole negoziali sono norme giuridiche già B. SCORZA, *Gli statuti degli enti associativi con particolare riguardo alle società di commercio*, Roma, 1934, *passim*; P. PERGOLESI, *Sistema delle fonti normative*, Milano, 3ª ed., 1973, p. 6 ss., per il quale l'autonomia privata è potere normativo. Reputano l'autonomia privata fonte del diritto anche S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa inalterata dell'ed. del 1947, voce *Autonomia*, Milano, 1983, p. 14 ss.; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, p. 132; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., in *Foro it*., 1951, p. 55.

M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in A.A. V.v., *Tradizione civilistica e complessità del sistema,* cit., p. 361, distingue «il contratto come fonte normativa e come fonte descrittiva».

Negano invece che l'autonomia negoziale costituisca una fonte del diritto P. TRIMARCHI, *Atto e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 29; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, IV ed., Milano, 1948, p. 113; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 2008, p. 141, ove si legge «che l'ordinamento riconosca l'autonomia privata (…) non significa che l'autonomia divenga fonte di norme giuridiche ed operi d'ora innanzi come tale»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della II ed., Napoli, 2002, p. 191, ove si legge «Il precetto dell'autonomia privata, che i negozi pongono in essere, non è propriamente un precetto giuridico, ma un precetto che ha rilevanza giuridica. Secondo una netta distinzione delineata altrove e che qui va tenuta ferma, il negozio non è né "fonte di norme", sia pure "subordinate e complementari", né attuazione di legge, come il provvedimento, ma autoregolamento d'interessi». N IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 127-128.

[66] Lo evidenzia, tra gli altri, V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Il contratto del duemila*, 2011, p. 2.

[67] H. KELSEN, *L'ordinamento giuridico e la sua costruzione a gradi*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, rist. Torino, 2000, p. 95 ss. pone l'idea del contratto come norma a fondamento della relazione tra il contratto e l'ordinamento giuridico in quanto produttore di norme convenzionali funzionalmente legate a norme (legali) di livello superiore che le legittimano.

contratto a fondare quegli ordinamenti privati che si affiancano allo Stato con pari dignità. Il concetto di istituzione e poi quello di diritto dei privati [68] spiegherebbero il fenomeno delle formazioni sociali che, pur in assenza dell'espresso riconoscimento di un potere normativo, darebbero comunque vita a regole per disciplinare i rapporti tra soggetti membri della formazione o con soggetti tenuti ad uniformarsi a tali prescrizioni.

Più di recente con riguardo alle fonti private, l'autoregolamentazione è considerata espressione del principio di sussidiarietà orizzontale in forza del quale lo Stato investe i privati di compiti tradizionalmente propri della sfera pubblica per il perseguimento di finalità ultraindividuali che giustificherebbero l'estensione degli effetti delle norme di fonte privata oltre l'ambito di coloro che le hanno poste, al pari di quanto si verifica nel diritto di derivazione statale.

Si prospetta una ulteriore fase della crisi del diritto di fonte statale nella quale si assiste all'inarrestabile transizione da un diritto che si produceva in forma gerarchica a un diritto che viene scritto da soggetti diversi dando vita ad un sistema di fonti flessibile che non è più ordinato in modo verticale, ma orizzontale.

Proprio sulla scorta del principio di sussidiarietà si ritiene che le federazioni sono null'altro che dei regolatori privati; sarebbe proprio la sussidiarietà ad abilitare l'autonomia privata che sotto questo profilo è da considerarsi fonte del diritto [69].

Un recente orientamento prospetta una distinzione tra l'autonomia dei privati configurata dall'art. 118, ultimo comma, Cost. e l'autonomia contrattuale cui fa riferimento l'art. 1322 cod. civ.

Ci si è chiesti se l'espresso riferimento alle attività di interesse generale, contenuto nell'art. 118, comma 4, Cost., ponga questi due poteri di autonomia su piani diversi, nel senso che l'autonomia contrattuale dell'art. 1322 cod. civ. si esprime nel contratto ed è per sua natura autorizzata a regolare rapporti tra le parti del contratto, ad essa sarebbe estranea la regolazione di interessi generali. Per contro, il potere di autoregolazione attribuito ai privati nelle materie in cui si esprime la loro competenza originaria e primaria in forza del principio di sussidiarietà, previsto dall'art. 118, comma 4, Cost., è, invece, potere di dettare regole che, riguardando interessi di carattere generale, sono produttive di effetti nei confronti di tutti i portatori di quegli interessi anche se non hanno partecipato alla costruzione di quelle regole [70].

---

[68] L'espressione diritto dei privati è impiegata da W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 per diritto dei privati deve intendersi: «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo, in mancanza o nell'insufficienza della legge statuale». C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, pp. 1 ss., nel ragionare sulla possibilità di ravvisare nel negozio una fonte normativa, osserva come «L'affermazione che l'atto negoziale è costitutivo di norme può rispondere (…) all'idea di un ordinamento autonomo dei privati ma anche rispondere all'idea di un unico ordinamento statale che conceda ai privati una ristretta competenza normativa».

[69] G. SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, cit., p. 259.

[70] R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, cit., pp. 9-10; si veda però in senso critico, P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà*, in *Rass. dir civ*., 2016, 2, p. 688, per il quale non vi sarebbe ragione di costruire una «netta distinzione tra un'autonomia negoziale che realizza interessi individuali e un'autonomia negoziale che realizza interessi generali, là dove difficile è la stessa distinzione tra interesse generale e interesse individuale».

Il fenomeno sportivo rientrerebbe nelle attività di interesse generale come si evince dalle disposizioni della Dichiarazione di Nizza (all. IV, n. 3) e dall'art. 149 Tratt. Lisbona che qualificano lo *sport* come un'attività umana che si forma su valori sociali, educativi e culturali essenziali, trattandosi di un fenomeno complesso di aggregazione di interessi che, quantunque abbiano natura privata, assumono certamente rilievo generale.

Sulla scorta di questa premessa si osserva come le istituzioni sportive devono senza dubbio intendersi ricomprese nella previsione costituzionale di cui all'art. 118 Cost. trattandosi di soggetti associativi dotati di autonoma iniziativa per lo svolgimento di attività di interesse generale.

La dottrina richiamata, nell'attribuire ai regolamenti federali il ruolo di fonti del diritto in forza del principio di sussidiarietà, afferma inoltre che «Quando la sussidiarietà abilita la fonte privata con preferenza rispetto alla legge, non soltanto la legge non può intaccare il contenuto delle norme private ma, soprattutto, le norme private operano con la stessa forza di legge sugli ulteriori atti di autonomia regolati dalla fonte privata» [71].

In questa prospettiva si afferma che «se le federazioni hanno un potere regolamentare, i loro atti di autonomia sono vere e proprie fonti private abilitate in via esclusiva (o concorrente) a disciplinare il contenuto dei contratti che si svolgono nello *sport* di riferimento», con la conseguenza, che «gli atti di autonomia regolamentare – da interpretare come leggi – valgono per i singoli contratti di lavoro sportivo come vere e proprie norme imperative e la loro violazione è causa di invalidità del contratto» [72].

3.1. − La teoria che si è formata intorno al principio di sussidiarietà suscita una serie di perplessità in quanto la stessa, almeno con riguardo al fenomeno sportivo, sembra si limiti ad evocare il principio, come se lo stesso da solo possa valere a coprire lo spostamento del potere normativo da un soggetto ad un altro [73] anche allorquando si sia in presenza, come nel caso delle federazioni sportive, di indici normativi dai quali non si ricava affatto una generale delega normativa alle federazioni in materia di rapporti intersoggettivi tra privati di carattere negoziale, come in precedenza si è evidenziato [74].

Affermare inoltre, che le norme private operano con la stessa forza di legge sugli ulteriori atti di autonomia regolati dalla fonte privata, non pare persuasivo. La circostanza che l'art. 118,

---

[71] In questi termini P. FEMIA, *op. cit*., p. 296.

[72] Così P. FEMIA, *op. cit*., p. 296 e 299.

[73] D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, cit., p. 142, avverte il rischio che la evocazione del principio di sussidiarietà diventi esso stesso il ragionamento e non il mezzo o lo strumento che porti a svolgere un certo tipo di ragionamento.

[74] L'art. 2, comma 1, d.l. 19 agosto 2003, n. 220 (così come modificato dalla legge di conversione 17 ottobre 2003, n. 280) riserva all'ordinamento sportivo l'emanazione di norme statutarie organizzative interne; le norme regolamentari tecniche al fine di garantire il corretto svolgimento dell'attività sportiva; le norme sanzionatorie di carattere disciplinare. Non vi è invece alcuna delega normativa in materia di rapporti intersoggettivi privati di carattere negoziale.

ultimo comma, Cost. si rivolga allo Stato, nelle sue varie articolazioni, per *favorire* l'autonoma iniziativa privata per lo svolgimento di attività di interesse generale non comporta un'automatica assimilazione del contratto alla legge.

Occorre piuttosto rilevare che i regolamenti federali, sebbene in forza del principio di sussidiarietà possono essere considerati fonti del diritto, non smarriscono la propria natura negoziale. La sussidiarietà darebbe un nuovo fondamento, una nuova giustificazione teorica di nome autoprodotte, ma non offre argomenti sicuri per risolvere la questione più spinosa, ossia se i regolamenti federali siano solo mere espressioni dell'autonomia privata o piuttosto assumono il rango di norme giuridiche al pari di quelle dell'ordinamento statale. E ciò, come si vedrà in seguito, almeno finché si consideri il principio in esame esclusivamente nella sua componente c.d. negativa.

Il richiamo poi alla valenza persino imperativa delle norme di fonte privata abilitate dalla sussidiarietà costituisce un ulteriore profilo di criticità della tesi in esame. E non è un caso che i suoi sostenitori sono costretti ad affermare, più che a dimostrare, la natura imperativa dei regolamenti federali. Una assimilazione, questa, espressamente negata dalla stessa giurisprudenza che non ha mancato di recidere ogni identificazione dei regolamenti federali con le norme imperative.

In particolare si è sostenuto che il profilo del giudizio di validità dei contratti sportivi, transiterebbe dal profilo formale di qualificazione della fonte (pubblica o privata) a quello sostanziale relativo alla individuazione dei tratti qualificanti la norma imperativa, in un sistema delle fonti totalmente rinnovato dall'impatto del principio di sussidiarietà [75].

E a tal riguardo alcuni hanno affermato che non vi sarebbero ostacoli a ravvisare nelle disposizioni federali altrettante norme secondarie alle quali riconoscere il peso della imperatività [76], ammettendo la configurabilità di «norme imperative di fonte negoziale» [77].

Altri, più cauti, hanno escluso che ogni regola sportiva abbia il connotato della imperatività, rilevando, piuttosto, che in presenza dei tratti sostanziali qualificanti la norma imperativa, anche la norma posta da un regolatore privato, qual è la federazione sportiva, può essere assunta come parametro di validità del contratto agli effetti previsti dall'art. 1418, comma 1, cod. civ. Ma anche in questa prospettiva, si avverte, le conclusioni non possono essere univoche in quanto l'articolata fenomelogia dei contratti conclusi in violazione delle prescrizioni federali mostra una varietà di questioni applicative non riconducibili all'unitario paradigma della contrarietà a norma imperativa *ex* art. 1418, comma 1, cod. civ. [78]

---

[75] Così G. SANTORELLI, *op. cit.*, p. 261.

[76] E. DEL PRATO, *Sulla prestazione sportiva*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 316.

[77] P. FEMIA, *op. cit.*, p. 300, il quale osserva che «se il regolatore privato, abilitato dalla sussidiarietà, ha predisposto un contratto tipo e ha stabilito che il contratto di cessione debba essere sottoscritto rispettandone il contenuto, il concreto contratto che non ne rispettasse il contenuto sarebbe illegale».

[78] G. SANTORELLI, *op. cit.*, p. 259. Così il contratto di lavoro sportivo professionistico concluso in difetto della forma scritta è nullo per espressa previsione di legge, si tratta dunque di nullità testuale *ex* art. 1418, comma 3, cod.

Si è infine preso atto che sempre più di frequente la c.d. «normazione di rango secondario» riveste il carattere della cogenza e sarebbe sbagliato in via di principio, ma soprattutto nel campo che qui interessa, escludere la configurazione di norme imperative, ancorché secondarie, alla cui violazione possa conseguire una valutazione di nullità del contratto [79].

Quanti si sono misurati con il problema della imperatività delle norme di rango secondario si sono chiesti se la formula contrarietà a norme imperative, di cui all'art. 1418, comma 1, cod. civ. [80] debba leggersi come se vi fosse scritto "contrario a norme imperative primarie" o piuttosto se la mera circostanza che non sia specificato il rango delle norme imperative possa giustificare una lettura più ampia [81].

Le soluzioni che escludono [82] o ammettono [83] senza limiti la possibile imperatività della norma secondaria risultano anche in queste ipotesi più affermate che dimostrate e la soluzione più accreditata è invece quella che giudica ammissibile la nullità da fonte secondaria, purché questa trovi titolo e legittimazione in una previsione di legge [84].

In particolare, i sostenitori di questa tesi muovono dall'osservare come il potere di autonomia privata sia sancito da una legge ordinaria, l'art. 1322 cod. civ., e in forza di questa circo-

---

civ. stante l'espressa sanzione comminata dall'art. 4, legge n.91/1981. In altri casi la patologia del contratto sembra doversi ricondurre all'impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto come nel caso di cessione del c.d. cartellino a favore di una persona fisica, in violazione delle regole sportive che consentono soltanto ai sodalizi sportivi di acquisire la titolarità di diritti di utilizzazione delle prestazioni dell'atleta. Anche l'inosservanza delle norme federali in tema di sponsorizzazione può comportare l'impossibilità assoluta di realizzare la prestazione contrattuale nell'ambito dell'ordinamento sportivo, con conseguente nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto. Resta ferma, per questa ipotesi, la responsabilità precontrattuale ex art. 1338 cod. civ. in capo alla parte che conosceva, o avrebbe dovuto conoscere l'impossibilità.

[79] Si veda in questi termini E. BATTELLI, *Formazione e invalidità del contratto sportivo*, cit., p. 362, il quale richiama il crescente ruolo rivestito dai codici di deontologia e/o di autoregolamentazione.

[80] Sebbene la prima parte del comma 1 dell'art. 1418, cod. civ., nel richiamare le norme imperative, non specifichi il rango delle stesse, La Relazione del Guardasigilli n. 116, precisa che «*la violazione delle norme imperative della legge è ricordata quale ragione autonoma di nullità per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita*».

[81] G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in AA. VV. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 224.

[82] F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, p. 271, sostiene che l'imperatività *ex* art. 1418, comma 1, cod. civ., possa essere sancita solo da norme di carattere primario e non da disposizioni di rango inferiore.

[83] E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 524 ss. prende le mosse dal tenore testuale dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. che menziona le norme imperative senza specificarne il rango e afferma che la norma imperativa che incide sull'autonomia privata determinando la nullità del contratto con essa contrastante non deve essere necessariamente una norma di legge. Sarebbe proprio il tenore dell'art. 1418, 1° comma, cod. civ. ad escluderlo.

[84] G.VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 114; G. AMADIO, *op. cit.*, p. 224, solleva il problema – con riguardo ai poteri regolativi delle autorità indipendenti determinativi delle cause di nullità del contratto, ma analoga questione si può rilevare anche con riguardo ai regolamenti federali – della legittimità di una «delega risultante dalla previsione legislativa generica di una nullità del contratto per cause determinate per *relationem* da una fonte esterna di rango inferiore; l'ammissibilità, in altri termini, di una nullità in bianco, suscettibile di essere riempita e specificata, nel suo tenore, dalle determinazioni dell'autorità».

stanza solo una norma di almeno pari rango può imporre limiti a questa libertà di organizzazione economica che la legge stessa garantisce. L'incidenza di fonti secondarie è ammessa solo qualora le stesse siano legittimate da una fonte primaria [85].

Ripercorrendo le argomentazioni addotte a favore della tesi che ravvisa nei regolamenti delle fonti private assimilabili alla legge, possono trarsi degli utili spunti di riflessione che consentono di coniugare le tesi tradizionali che negano ai regolamenti federali il ruolo di norme e quelle più moderne che al contrario qualificano gli stessi come fonti di norme giuridiche, ancorché prive dei caratteri della generalità e della astrattezza, alle quali in taluni casi può riconoscersi il carattere della imperatività.

Si afferma che «gli atti di autonomia regolamentare – da interpretare come leggi – valgono per i singoli contratti di lavoro sportivo come vere e proprie norme imperative e la loro violazione è causa di nullità del contratto» [86].

Nel proporre detta assimilazione si richiamano i contratti di lavoro subordinato sportivo che, com'è noto, sono regolati dalla legge n. 91/1981. In particolare, con riferimento alla costituzione del rapporto di lavoro subordinato sportivo [87], l'art. 4, comma 3, prevede un peculiare meccanismo di sostituzione automatica di clausole, assimilabile a quello descritto dall'art. 1339 cod. civ., in forza del quale le clausole del singolo contratto – contenente deroghe peggiorative rispetto al contratto tipo predisposto dalla Federazione sportiva d'intesa con i rappresentanti delle categorie interessate – sono sostituite di diritto da quelle del contratto tipo. Si ravvisa, pertanto, un peculiare sistema di sostituzione di una clausola negoziale con un'altra clausola negoziale e si giustifica il fenomeno proprio in considerazione del decentramento della produzione di norme dallo Stato alle Federazioni.

Ciò su cui occorre fermare l'attenzione è anzitutto la circostanza che il potere normativo delle federazioni di regolare il contenuto del contratto tipo, d'intesa con le categorie interessate, è

---

[85] G.VILLA, *op. cit.*, p. 105 ss. svolge queste riflessioni con riguardo agli atti amministrativi giungendo ad affermare che «l'autonomia privata non è immune da limitazioni specificamente poste dall'Amministrazione, quando la legge le affidi espressamente il potere».

[86] P. FEMIA, *op. cit.*, p. 296.

[87] Art. 4, legge n.91/1981, (rubricato «*Disciplina del lavoro subordinato sportivo*») comma 1 prevede che: «*Il rapporto di prestazione sportiva a titolo oneroso si costituisce mediante assunzione diretta e con la stipulazione di un contratto in forma scritta, a pena di nullità, tra lo sportivo e la società destinataria delle prestazioni sportive, secondo il contratto-tipo predisposto, conformemente all'accordo stipulato, ogni tre anni dalla federazione sportiva nazionale e dai rappresentanti delle categorie interessate*».

Il comma 3, prevede che «*Le eventuali clausole peggiorative sono sostituite di diritto da quelle del contratto tipo*». È comune opinione che la disposizione in esame ricolleghi la sanzione della nullità dell'intero contratto al solo difetto di forma, mentre nulla sarebbe previsto con riguardo alle conseguenze derivanti dalla mancata conformazione del singolo contratto al contratto tipo. A ben vedere, però, sarebbe lo stesso comma 3 a chiarire come la mancata utilizzazione del contratto tipo o la non conformità allo stesso, di per sé non determina la nullità del contratto. Piuttosto, solo allorquando vi sia una deroga *in peius* l'ordinamento ha previsto la nullità della singola clausola e la sostituzione di diritto con la clausola più favorevole. In argomento si vedano: E. BATTELLI, *Formazione e invalidità*, cit., p. 370; ID., *I contratti-tipo*, cit., p. 197 ss.; e G. FACCI, *La nullità dei patti aggiunti*, cit., p. 346.

frutto non già di un'applicazione diretta del principio costituzionale di sussidiarietà, ma della scelta del legislatore di affidare alle federazioni detto potere con riguardo ai contratti di lavoro subordinato sportivo.

Inoltre, la circostanza che la nullità e la contestuale sostituzione di clausole peggiorative difformi rispetto al contratto tipo sia prevista espressamente dalla legge – replicando la disposizione generale dell'art. 2077 cod. civ. che regola i rapporti tra contratti collettivi e individuali – smentisce una presunta intrinseca imperatività della norma federale. È proprio la disposizione richiamata a revocare in dubbio la bontà del ragionamento che vuole assegnare ai regolamenti federali un generale carattere di imperatività la cui violazione determinerebbe di per sé la nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa. È infatti la legge a prevedere la nullità delle clausole del singolo contratto difforme e la contestuale sostituzione con quelle del contratto tipo più favorevoli.

La disposizione richiamata, dunque, confermerebbe la inidoneità del contratto tipo, in quanto frutto dell'autonomia privata collettiva [88], ad esplicare efficacia immediatamente precettiva e vincolante sui singoli contratti individuali, necessitando a tal fine di una espressa previsione legislativa [89].

Al riguardo può allora affermarsi che nel settore dei contratti di lavoro sportivo il legislatore, pur delegando alle Federazioni il potere di porre in essere contratti normativi volti a regolare la costituzione del rapporto e la cessione dei contratti, è intervenuto per rafforzare la valenza del contratto normativo, garantendogli, attraverso la sostituzione di clausole peggiorative difformi rispetto al contratto tipo, la qualità di inderogabilità e imperatività di cui è sprovvisto. Ma in mancanza di un intervento legislativo in tal senso il potere normativo delle federazioni rappresenta una sorta di «diritto dispositivo dei privati» [90] privo del carattere della inderogabilità. La volontà delle parti è di per sé insufficiente ad imporre un valore cogente, esulando questo effetto dall'intensità del vincolo contrattuale [91].

Ragionando proprio nella prospettiva del principio di sussidiarietà può osservarsi che l'intervento dello Stato, attraverso disposizioni di legge che integrano la disciplina e regolano

---

[88] Sulla "autonomia negoziale collettiva" dei gruppi esponenziali e delle formazioni sociali, v. per tutti P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Persona e comunità – Saggi di diritto privato* (1967-1987), II, Padova, 1988, pp. 422 ss.

[89] Si veda in questo senso E. BATTELLI, *Formazione e invalidità*, p. 370.

Per uno studio approfondito del contratto tipo si veda M. IAIONE, *Contratto-tipo e* class action. *Contributo allo studio dell'autonomia collettiva nei rapporti di consumo*, Napoli, 2008, *passim*; nonché il recente contributo di E. BATTELLI, *I contratti-tipo,* cit., spec. pp. 417 ss e pp. 468 ss. Anche L. ROSSI CARLEO, *La "tipizzazione" dei contratti tra modelli normativi e autoregolazione*, in M. Nuzzo (a cura di) *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 586, evidenzia il ruolo fondamentale che rivestono i contratti-tipo all'interno del dibattito sulla normazione fondata sul potere di autoregolamentazione.

[90] Si riprende l'espressione di G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, cit., p. 229; impiegata anche da E. BATTELLI, *I contratti – tipo*, cit., p. 338, per descrivere l'efficacia dei contratti – tipo.

[91] Si veda così L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, cit., p. 66.

gli effetti che discendono dagli atti di autonomia privata volti a tutelare interessi di carattere generale, si pone rispetto al potere riconosciuto ai privati in una logica di ausilio, appunto sussidiaria. Non si può trascurare infatti che il principio in esame è un principio complesso caratterizzato dalla compresenza di due aspetti: uno c.d. negativo, che si specifica in un dovere di astensione del potere pubblico: è affidato all'autonoma iniziativa dei cittadini la cura dell'interesse generale, e ciò nel convincimento che l'efficienza delle decisioni sia garantita dalla vicinanza agli interessati; e uno c.d. positivo, che in applicazione dell'art. 118, ultimo comma, Cost., impone allo Stato di non limitarsi ad una inerte astensione, ma appunto di *favorire* [92] l'autonoma iniziativa per lo svolgimento di attività di interesse generale attraverso interventi pubblici di sostegno all'autonomia privata, qualora si tratti di compiti che solo i primi sono in grado di realizzare [93]. L'intervento pubblico assume dunque una funzione vicaria [94] rispetto all'autonomia privata, come accade proprio allorché sia necessario predisporre una disciplina inderogabile a tutela di un interesse primario e indisponibile dai privati [95].

Seguendo questa prospettiva può dunque osservarsi che sebbene l'ordinamento statale e quello sportivo siano ordinamenti autonomi, come espressamente riconosciuto dalla legge [96], non può negarsi come le norme statali non di rado attribuiscano rilevanza alle fonti private, non solo rinviando alle regole da questi prodotte, ma anche regolando gli effetti che discendono dalla violazione delle stesse.

A questo proposito si rivela fondamentale muovere da una distinzione che separa il contenu-

---

[92] È bene evidenziare come l'art. 118 Cost., non si limiti a *riconoscere* l'iniziativa dei privati, nei limiti in cui non contrasti con l'utilità sociale, come avviene invece con l'art. 41 Cost., ma compie un passo ulteriore perché impone allo stato di *favorirla*. Affiora così nella complessità del principio di sussidiarietà il suo aspetto positivo, volto a supportare l'autonomia privata nell'intento di perseguire interessi generali.

Attenta dottrina aveva esortato gli interpreti a fermare l'attenzione sull'art. 118, 4º co. Cost., trattandosi di una norma che «affida alla libertà di iniziativa e all'esercizio di attività private la cura dell'"interesse generale": interesse, che non è considerato immanente e combaciante con gli interessi privati, e dunque esige una specifica determinazione. La tutela della libertà, e perciò dei relativi poteri, è qui in funzione dell'interesse generale». In questi termini, N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma – Bari, 2011, p. 117, ed in ID., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Dir. soc*., 2009, p. 465.

[93] Si veda sul punto M. NUZZO, *Prefazione* a *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. XVI; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata,* cit., p. 259.

[94] Discorre di *autonomia assistita*, A. GENTILI, *L'autonomia assistita nel diritto privato*, in AA. VV., *La certificazione dei contratti di lavoro*, a cura di G. Perone e A. Vallebona, Torino, 2004, pp. 388 ss., con riguardo a forme di manifestazione dell'autonomia privata nelle quali l'intervento di un terzo accanto alla parte nella cui sfera vanno a prodursi gli effetti giuridici, consente effetti diversi ed altrimenti inattingibili rispetto a quelli che il privato potrebbe conseguire da solo.

[95] G. SANTORELLI, *op. cit*., p. 240.

[96] Il d.l. 19 agosto 2003, n. 220, così come convertito dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, prevede all'art. 1 che «*La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*».

to del negozio dal trattamento giuridico, ossia gli effetti che discendono dallo stesso. Mentre spetta alle parti il compito di foggiare il contenuto del negozio, è officio dell'ordine giuridico, solo di esso e non delle parti, determinare gli effetti giuridici da ricollegare al negozio.

La distinzione tra contenuto e trattamento giuridico si rivela fruttuosa proprio per comprendere come, seguendo l'insegnamento tradizionale[97], siano sottratti alla competenza dei privati non solo i presupposti generali di validità, ma anche i presupposti particolari per il singolo tipo. Spetta dunque solo alla legge prevedere e regolare la nullità. È possibile che vi sia una concorrenza di fonti, qualora sia la stessa legge a rinviare ad una fonte subordinata per determinare lo statuto della nullità, ma si tratta anche in questa ipotesi di fonti che si affiancano ma non sostituiscono la legge.

Nel tentare di dare una risposta all'interrogativo iniziale, ossia pensare i regolamenti federali come norme giuridiche, al pari di quelle statali o piuttosto mere espressioni dell'autonomia privata, può rilevarsi che la risposta non può essere univoca dipendendo dal diverso modo di atteggiarsi del rapporto tra la regola privata e l'ordinamento giuridico generale. Le norme del diritto sportivo restano confinate in quell'ordinamento, salvo che non sia la stessa legge statale ad attribuire ad esse rilevanza nell'ordinamento generale attraverso un espresso rinvio. Così ragionando ne consegue che la violazione dei regolamenti federali, stante la natura di contratto normativo, non può incidere in sé e per sé né sulla validità né sull'efficacia dei singoli contratti. Il potere statutario e regolamentare esercitato dalle Federazioni costituisce espressione del più generale potere di autonomia privata e ciò, come si è già rilevato, non consentirebbe di ascrivere ad esse una valenza maggiore rispetto a quella riconosciuta a qualsiasi regolamento contrattuale, a meno che non sia la legge, attraverso un intervento sussidiario rispetto all'autonomia privata, a riconnettere detti effetti alla violazione degli stessi attraverso un concorso cooperativo di fonti diverse (fonti private e fonti pubbliche, contratti individuali e accordi fra le rappresentanze degli interessi regolati)[98] rafforzando la valenza del contratto normativo e garantendogli, per esempio con la sostituzione[99] di clausole peggiorative difformi rispetto al contratto tipo, la qualità di inderogabilità e imperatività di cui è sprovvisto e al tempo stesso la conservazione del contratto. La scelta del legislatore del 1981, letta attraverso il prisma della sussidiarietà, sembra essere an-

---

[97] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, rist. corretta, 2ª ed., p. 102 ss.

[98] N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*?, in *Riv. trim dir.* proc. civ., 2006, 3, p. 727; per U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc, dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 395, «La crisi della elencazione tradizionale delle fonti del diritto si riflette anche sull'indicazione delle fonti d'integrazione del contratto» e al riguardo distingue le integrazioni che hanno o hanno avuto *funzioni ausiliarie* rispetto all'autonomia dei contraenti e le *integrazioni* che sono state definite in termini *antagonistici*. Nel medesimo senso, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001p. 485-498, distingue «l'integrazione suppletiva» «amica dell'autonomia privata» «dall'integrazione cogente» «antagonista» dell'autonomia.

[99] U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc, dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 420 ss., osserva come la produzione privata e decentrata delle regole contrattuali in vario modo si intreccia con l'autoregolazione di soggetti collettivi anche al di là della storia e dell'esperienza degli ordinamenti intersindacali.

che la più rispettosa dell'autonomia privata e ciò in quanto l'inderogabilità *in peius* consente al contempo di assicurare un livello minimo di tutela senza mortificare l'autonomia dei privati ai quali si riserva un potere di intervento in senso migliorativo rispetto a quanto previsto dal contratto tipo [100].

La conclusione alla quale si è giunti non sembra essere smentita neanche dalla considerazione in forza della quale il principio di sussidiarietà può essere applicato per stabilire la portata delle norme imperative. Secondo questa impostazione, l'imperatività della norma andrebbe concepita «non già secondo una rigida geometria di fattispecie "gabbia" ma in funzione dell'interesse che essa presidia» [101]. La prospettiva funzionale riconosce il carattere di imperatività ad ogni norma volta a tutelare interessi di carattere generale e dunque ogni qualvolta un contratto violi una fonte che tuteli interessi generali, stante la sua valenza imperativa, dovrebbe predicarsi la nullità, salvo che la legge disponga diversamente.

Dalla presunta irrilevanza del rango della fonte, primaria o secondaria, ne discenderebbe che anche la violazione di una norma secondaria potrebbe comportare la nullità qualora la stessa sia qualificabile come norma imperativa. L'interpretazione del carattere imperativo della norma dovrebbe prescindere da elementi formali ed estrinseci attraverso i quali è formulato il comando o il divieto, per affidarsi invece, ad elementi «sostanziali connessi al tipo di interessi tutelati e alle finalità in concreto conseguite da tale normativa» [102]. Il momento assiologico assumerebbe dunque un ruolo decisivo ai fini della individuazione del carattere inderogabile della norma e della possibilità di tracciare una sicura linea di demarcazione rispetto alla norma dispositiva [103].

E in questa prospettiva si osserva che se il principio di sussidiarietà, superando la dicotomia pubblico-privato, abilita il regolatore privato alla realizzazione di attività di interesse generale, non vi dovrebbero essere ostacoli a ravvisare nella fonte privata una norma imperativa.

In senso contrario può anzitutto revocarsi in dubbio che i regolamenti federali sportivi siano sempre volti a regolare attività di interesse generale. Ma anche considerando questa eventualità non può trascurarsi che il criterio della natura dell'interesse sembra avere meno seguito nella dottrina più moderna, la quale pare persino rigettare questo canone sul presupposto che esso sia tanto inafferrabile quanto fuorviante.

Il perseguimento di un intento socialmente rilevante non sarebbe sufficiente a connotare

---

[100] E. BATTELLI, *I contratti-tipo*, cit., p. 338, rileva una apparente diminuzione della libertà formale di determinazione del contenuto del contratto ad opera dell'autonomia collettiva, ravvisandosi comunque un ampio spazio alla libertà delle parti di derogare ai contratti tipo aprendo la strada ad una disciplina privata più favorevole al contraente debole.

[101] In questi termini, E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, cit., p. 388.

[102] Così P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 24 in nota; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, p. 20 ss., muovendo dal presupposto che il carattere inderogabile della norma non è sempre sancito testualmente, ricava che a «risultati più affidanti è possibile pervenire avvalendosi, invece, del criterio fondato sul tipo di interessi tutelati e dei fini perseguiti dalla norma, dal momento che è proprio la peculiare prospettiva teleologica che ne giustifica la cogenza».

[103] P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit*.

l'imperatività della norma, così come, per converso, tale connotazione non è esclusa per il fatto che la medesima sia diretta a tutelare interessi particolari [104].

La norma imperativa sarebbe piuttosto quella caratterizzata dalla indisponibilità dell'interesse protetto che è sottratto al potere dei privati in considerazione del rilievo accordato dall'ordinamento [105]. È ufficio del legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, rendere o meno disponibile quell'interesse e dunque imprimere il carattere cogente e inderogabile alla norma [106]. La volontà delle parti, come si è anticipato, è di per sé incapace ad imporre un valore cogente, esulando questo effetto dalla intensità del vincolo contrattuale [107].

Pertanto, seguendo questa diversa condivisibile lettura, la circostanza che il regolamento federale persegua finalità di interesse generale non sarebbe di per sé sufficiente a qualificarlo come norma imperativa.

Non può comunque trascurarsi come costituisca oggetto di un vivace dibattito l'esclusiva ascrivibilità all'ordinamento giuridico, e non già all'autonomia privata, delle fonti della invalidità negoziale [108].

---

[104] A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2002, p. 20.

[105] In questo senso, tra i primi a dubitare della valenza del criterio della natura dell'interesse G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessi*, Padova, 1973, p. 103; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 42, per la quale «Proprio alla luce delle nullità "nuove" può dirsi allora che non è tanto l'inderogabilità della norma – la quale non è sempre spia del suo carattere imperativo – quanto, piuttosto, l'indisponibilità dell'interesse da quella protetto, e della relativa tutela, che costituisce indice sicuro della sua imperatività». Sottolinea l'inadeguatezza dell'interesse pubblico quale criterio di individuazione della norma imperativa, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 43, e pp. 235 ss.; A. ALBANESE, *op. cit*., p. 83; A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, III, *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 967; in senso meno netto G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 121-122, «il quale riconosce al criterio dell'interesse pubblico (…) valore di indice preliminare dal quale dedurre che una norma protettiva di interessi privati non può condurre, almeno di regola, ad una nullità virtuale».

Per un'attenta ricostruzione del significato da attribuire all'espressione norma imperativa, si veda E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ*., 2001, 5, pp. 573 ss.

[106] Afferma l'identità ontologica e giuridica di norma inderogabile e norma imperativa, G. MASTROPASQUA, *Art.1418 c.1 c.c.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *www.juscivile.it*, 2013, 12, pp. 869 ss.; poi pubblicato con il medesimo titolo in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 1, pp49 ss.

[107] Così L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, cit., p. 66.

[108] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., p. 285, 293; R. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap*., 1961, p. 436; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impr*., 1987, p. 549, evidenzia come l'art. 1418 cod. civ. riferisce la disciplina della nullità esclusivamente a regole legislative, senza lasciare spazio al potere dei privati; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 139; A. FEDERICO, *op. cit*., p. 380.

JUS CIVILE

Corte giustizia UE, grande sezione, 21 dicembre 2016, n. 154

L'art. 6 § 1 direttiva 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che osta ad una giurisprudenza nazionale che limiti nel tempo gli effetti restitutori legati alla dichiarazione giudiziale del carattere abusivo, ai sensi dell'art. 3 § 1, di una clausola contenuta in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista, alle sole somme indebitamente versate in applicazione di una siffatta clausola successivamente alla pronuncia della decisione che ha accertato giudizialmente tale carattere abusivo. Le contestate clausole prevedevano che, anche se il tasso d'interesse fosse divenuto inferiore ad una certa soglia ("tasso minimo") definita dal contratto, il consumatore avrebbe dovuto continuare a pagare interessi quantomeno equivalenti a tale soglia senza poter beneficiare di un tasso inferiore. La S.C. spagnola nel 2013 le ha qualificate come abusive dato che il consumatore non era stato adeguatamente informato sulle loro conseguenze e lo Stato ha, però, deciso che la loro nullità valesse pro futuro, *id est* dalla data di tale decisione. La CGUE ribadisce di essere l'unica a poter porre limiti all'esegesi di una norma comunitaria, vista l'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'UE e che le condizioni stabilite dalle leggi interne degli Stati membri non possono in alcun modo pregiudicare la tutela dei consumatori come nella fattispecie (EU:C:2009:615, 2015:21 e 2016:514 e 835 nella rassegna del 2/12/16). Su questo stesso tema l'odierna EU:C:2016:987,C-119/15 ha stabilito che la nullità di una clausola abusiva vale *erga omnes*, sì che è considerato illecito il comportamento del professionista che inserisce in un contratto una clausola dichiarata vessatoria da una sentenza relativa ad un giudizio di cui non era stato parte, purché la legge interna gli fornisca mezzi per impugnare detta pronuncia e l'ammenda inflittagli per questa deroga.

JUS CIVILE

ALBERTO CAPOBIANCO

Dottore di ricerca – Università Federico II di Napoli

NON VINCOLATIVITÀ DELLE CLAUSOLE ABUSIVE ED INGIUSTA LIMITAZIONE NEL TEMPO DELLA LORO INEFFICACIA: LE CLAUSOLE *FLOOR* AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: *1. Il caso spagnolo della clausola «di tasso minimo» (c.d. clausola* floor*) nei mutui bancari deciso dalla Corte di Giustizia. – 2. Le opposte conclusioni dell'Avvocato Generale. – 3. Le violazioni del diritto dell'Unione imputabili al giudice nazionale spagnolo e le possibili conseguenze (anche) in punto di responsabilità dello Stato. – 4. Il controllo sul bilanciamento tra l'esigenza di protezione dei consumatori mediante l'effetto utile della Direttiva 93/13 e gli interessi concretamente confliggenti.*

1. – Il caso deciso con la pronuncia della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2016[1] nasce in Spagna dalla questione relativa all'accertamento del carattere abusivo delle cc.dd. clausole «di tasso minimo» (di seguito: clausola *floor*), inserite nei contratti di mutuo conclusi tra istituti finanziari e consumatori. Le clausole in questione prevedono che, anche se il tasso di interesse diviene inferiore ad una certa soglia («tasso minimo») definita nel contratto, il consumatore deve continuare a pagare interessi quantomeno equivalenti a tale soglia, senza poter beneficiare di un tasso inferiore[2]. Tanto con la sentenza n. 241 del 9 maggio 2013, all'esito di un giudizio promosso da un'associazione di consumatori mediante un'azione collettiva inibitoria nei con-

[1] V. CGUE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco SAU e altri*, in *Contr.*, 2017, 11 ss., con il commento di S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, *ivi*, 15 ss.; A. DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola* floor *in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, II, 1 ss; A. GENOVESE, *Il controllo di trasparenza delle clausole di tasso minimo dei contratti di mutuo ipotecario. Effetti del giudizio di abusività,* in *giustiziacivile.com*, 2017, III, 1 ss.

[2] Sull'argomento, in dottrina, v. P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, Milano, 2016; F. SARTORI, *Sulla clausola* floor *nei contratti di mutuo*, in *Contr. impr.*, 2015, 698 ss.; A. DALMARTELLO, *Note sulla «cláusula suelo» (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca borsa*, 2016, I, 753 ss.; M. SOLFERINI, *La clausola "floor" nei contratti di finanziamento. Dai presupposti della sua applicabilità nelle pronunce dell'Arbitro Bancario e Finanziario alla sua eventuale nullità*, in *Magistra Banca e Finanza – Tidona.com*, 2016; F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en prestamos hipotecarios*, Valencia, 2017. La clausola *floor* è di per se normalmente ritenuta lecita quando formulata in maniera chiara e comprensibile (in questo senso è la giurisprudenza dell'Arbitro Bancario finanziario: tra le tante cfr. ABF Napoli, 23 novembre 2016, n. 10831, in www.arbitrobancariofinanziario.it). Di particolare rilievo, dal punto di vista del *public enforcement* del diritto dei consumatori, è l'avvio di due procedimenti per pratiche commerciali scorrette nei confronti di Unipol Banca e Unicredit da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, procedimenti poi conclusi con accettazione di impegni (AGCM 21 dicembre 2016, PS10295, *Unicredit s.p.a.* e AGCM 7 febbraio 2017, PS10296, *Unipol Banca s.p.a.*).

fronti di svariati istituti di credito, quanto con la successiva sentenza n. 139 del 25 marzo 2015, resa nel contesto di un'azione individuale promossa da un consumatore per la restituzione di somme indebitamente versate ad una banca, il Tribunal Supremo (in Spagna 'Corte suprema') ha qualificato le clausole *floor* come abusive e ne ha dichiarato la nullità «per mancanza di trasparenza [*ex* art. 4, paragrafo 2, dir. 93/13] dovuta ad una informazione insufficiente nei confronti dei mutuatari quanto alle concrete conseguenze dell'applicazione pratica di dette clausole». Tale decisione – è importante sottolinearlo – trovava fondamento nell'interpretazione della direttiva fornita dalla giurisprudenza comunitaria [3].

Il problema, tuttavia, non è qui. Difatti, in entrambe le predette pronunce, il Tribunal Supremo ha deciso di limitare nel tempo gli effetti retroattivi della dichiarazione di nullità delle clausole in questione, di modo che essa produca effetti solo per il futuro e l'obbligo di restituzione sia limitato alle sole somme indebitamente versate dopo la pronuncia della sentenza del 9 maggio 2013. La principale giustificazione di questa limitazione è che la retroattività della dichiarazione di nullità delle clausole in oggetto avrebbe messo in crisi il sistema bancario spagnolo e generato così gravi sconvolgimenti economici. Ciò nonostante, alcuni consumatori interessati dall'applicazione di tali clausole hanno reclamato la restituzione delle somme versate agli istituti finanziari dalla data di conclusione dei loro contratti di mutuo. Investiti di tali domande, il Juzgado de lo Mercantil n. 1 Granada e l'Audiencia Provincial de Alicante hanno sottoposto alla Corte di Giustizia talune questioni pregiudiziali, segnatamente allo scopo di chiarire se la limitazione degli effetti della dichiarazione di nullità a partire dalla data della pronuncia della sentenza del Tribunal Supremo sia compatibile con la direttiva sulle clausole abusive, atteso che in essa è previsto che dette clausole non vincolano il consumatore, *ex* art. 6, paragrafo 1 [4].

La Corte di Giustizia, con la sentenza in commento, ha dichiarato che limitare temporalmente la nullità di queste clausole, come disposto dal Tribunal Supremo nella suddetta sentenza del 2013, contrasta con il diritto europeo. La risposta alle questioni sollevate dai giudici spagnoli è efficacemente sintetizzata dalla stessa Corte in questi termini: «l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che osta ad una giurisprudenza nazionale che limiti nel tempo gli effetti restitutori legati alla dichiarazione del carattere abusivo […] di una clausola contenuta in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista, alle sole somme indebitamente versate in applicazione di una siffatta clausola successivamente alla pronuncia della decisione che ha accertato giudizialmente tale carattere abusivo».

Alla base di questa decisione vi sono essenzialmente le seguenti due argomentazioni:

a) spetta non ai giudici nazionali, ma solo alla Corte di Giustizia, decidere sulle limitazioni

---

[3] Il riferimento è a CGUE 21 marzo 2013, causa C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-WestfaleneV*.

[4] Tale disposizione così dispone: «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

nel tempo da apportare all'interpretazione che essa medesima fornisce di una norma, alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione [5];

b) l'orientamento della Corte suprema spagnola si risolve nel privare, in modo generale, qualsiasi consumatore che abbia stipulato un contratto di mutuo ipotecario contenente una siffatta clausola, del diritto di ottenere la restituzione integrale delle somme indebitamente versate all'istituto di credito sulla base di tale clausola nel periodo precedente al 9 maggio 2013. Ne consegue che «questa tutela si rivela incompleta ed insufficiente e costituisce un mezzo che non è né adeguato né efficace per far cessare l'inserzione di questo genere di clausole» [6].

Pertanto, le banche che hanno fatto uso di clausole *floor* dichiarate nulle dovranno, di norma, rimborsare tutte le somme indebitamente percepite dal momento della firma del contratto di mutuo, secondo il principio della retroattività totale. Tale principio, tuttavia, è considerato dalla Corte inidoneo a influire sulle situazioni risolte in via definitiva mediante decisioni giurisdizionali anteriori aventi forza di giudicato [7].

2. – Occorre evidenziare che il ragionamento e le conclusioni della Corte di Giustizia si discostano del tutto dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi [8], il quale propone di dichiarare che la limitazione temporale degli effetti della nullità delle clausole *floor* è compatibile con la direttiva. Al fondo di questo orientamento vi è la duplice considerazione che un giudice nazionale – quando statuisce sugli effetti nel tempo della sua decisione – può bilanciare la tutela dei consumatori con gli interessi macroeconomici in gioco e che la direttiva non determina i presupposti in base ai quali un giudice nazionale può limitare gli effetti delle decisioni che dichiarano il carattere abusivo di una clausola contrattuale. Conseguentemente, nello spazio d'autonomia procedurale concesso agli Stati membri spetta all'ordinamento giuridico interno prevedere tali presupposti, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività del diritto dell'Unione [9]. Con riguardo al principio di equivalenza, l'Avvocato Generale sottolinea che pacificamente la Corte spagnola ha limitato gli effetti nel tempo delle sue decisioni anche nell'ambito di controversie meramente interne, avvalendosi, quindi, nella controversia relativa al diritto dell'Unione, di una modalità procedurale già collaudata nella propria giurisdizione interna. Quanto al principio di effettività, l'Avvocato Generale esamina le due ipotesi indicate nella sentenza emessa dal Tribunal Supremo. Con riferimento al divieto di utilizzare clausole *floor*

---

[5] CGUE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punto 70.

[6] CGUE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punti 72-73.

[7] CGUE 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, punto 37.

[8] Conclusioni A.G. Mengozzi 13 luglio 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco SAU e altri*.

[9] La tesi dell'Avvocato Generale sembra essere avvalorata dall'interpretazione letterale dell'art. 6, par. 1, della dir. 93/13/CEE il quale nell'affermare che le clausole abusive «non vincolano il consumatore» nulla più dice su come «la non vincolatività debba essere concepita negli ordinamenti giuridici nazionali» (punto 61).

a far data dal 9 maggio 2013 ed al conseguente obbligo di restituzione delle somme indebitamente percepite a decorrere da tale data, la decisione dell'organo giurisdizionale spagnolo contribuisce alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva, dal momento che il suo contenuto precettivo implica sanzioni con effetto dissuasivo per l'avvenire nei confronti dei professionisti erogatori dei mutui [10]. Per quanto riguarda, invece, l'inefficacia retroattiva della declaratoria di nullità delle clausole «di tasso minimo» stipulate anteriormente al 9 maggio 2013, il principio di effettività resta comunque rispettato in quanto il consumatore, pur non potendo vantare una tutela restitutoria nei confronti del professionista, avrebbe comunque potuto facilmente cedere il proprio contratto di mutuo ad altro istituto bancario o, laddove non si fosse avvalso di tale facoltà, non vi sarebbe stato alcun sovrapprezzo da versare in virtù dell'andamento dei tassi d'interesse applicabili [11].

In conclusione, la decisione del Tribunal Supremo – afferma l'Avvocato Generale – è dettata da un'esigenza di stabilità del sistema economico considerato il «numero elevato di situazioni giuridiche potenzialmente interessate» la cui rilevanza è «condivisa dall'ordinamento giuridico dell'Unione» [12]. Solo in via eccezionale, i suddetti interessi in gioco possono giustificare la limitazione temporale degli effetti della nullità di una clausola abusiva senza che sia infranto l'equilibrio nel rapporto tra il consumatore e il professionista.

3. – Se, per un verso, le conclusioni dell'Avvocato Generale ratificano la correttezza dell'operato del Tribunal Supremo con riguardo alla questione della limitazione temporale degli effetti della dichiarazione di nullità delle clausole *floor*, di contro, la Corte di Giustizia ricostruisce la vicenda imputando alla Corte spagnola più di una violazione del diritto dell'Unione.

Anzitutto nella pronuncia in commento viene affermato correttamente che la giurisdizione spagnola, nell'adottare una simile decisione, si appropria di un potere tipico della Corte di giustizia che consiste nel limitare gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali di interpretazione. In particolare, la giurisprudenza comunitaria richiamando il principio di certezza del diritto ha affermato che è possibile circoscrivere l'interpretazione del diritto dell'Unione ai soli rapporti giuridici sorti successivamente alla sentenza, in deroga alla tipica efficacia retroattiva di quest'ultima [13]. Ne consegue che il Tribunal Supremo avrebbe dovuto non soltanto astenersi da

---

[10] Cfr. il paragrafo 71 delle «conclusioni dell'avvocato generale», ove si osserva che «a partire dal 9 maggio 2013, i professionisti sono obbligati a non utilizzare più le clausole "di tasso minimo", e tali clausole devono scomparire dai contratti esistenti. L'effetto dissuasivo è pienamente assicurato in quanto ogni professionista che, dopo il 9 maggio 2013, inserisce clausole del genere nei propri contratti, sarà condannato all'eliminazione di dette clausole nonché alla restituzione delle somme versate sul loro fondamento. Il comportamento dei professionisti risulterà pertanto necessariamente modificato a partire dal 9 maggio 2013 e l'effettività della direttiva è, pro futuro, pienamente assicurata».

[11] Conclusioni A.G. Mengozzi 13 luglio 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punto 73.

[12] Conclusioni A.G. Mengozzi 13 luglio 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punto 74.

[13] CGUE 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, punti 71/75; CGUE 2 febbraio 1988, causa 309/85, *Barra e a.*, punto 13.

una valutazione che esorbita dalla propria sfera di competenza, ma, nel dubbio sulle conseguenze destinate a prodursi nel sistema economico per effetto della dichiarazione giudiziale del carattere abusivo di tali clausole, sottoporre alla Corte di Lussemburgo la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva 93/13 e alla compatibilità con essa di una irretroattività della nullità.

La seconda violazione del diritto dell'Unione da parte della Corte spagnola consiste nel non aver fatto buon governo dei principi di non vincolatività delle clausole abusive e di effettività della tutela dei consumatori, di cui agli artt. 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva. Tali disposizioni, difatti, impongono agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive non vincolano il consumatore, «alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali», e di «fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive» nei contratti con i consumatori. Il riferimento è qui non soltanto all'apparato dei rimedi sostanziali e processuali previsti dalla legislazione interna ai singoli Stati nella loro autonomia, ma anche ai poteri di cui dispongono i giudici nazionali entro i limiti desumibili dal sistema. Per la Corte, il Tribunal supremo ha travalicato i predetti limiti in quanto la sua decisione del 9 maggio 2013 è tale da fornire ai consumatori una tutela incompleta, insufficiente ed inadeguata rispetto all'obiettivo, fissato dalla direttiva, di far cessare l'inserzione di quel genere di clausole abusive.

La Corte di giustizia nel caso *Gutiérrez* giunge dunque ad affermare che l'orientamento giurisprudenziale [14] formatosi con riguardo alla limitazione degli effetti della dichiarazione di nullità delle clausole «di tasso minimo» potrebbe, a ben vedere, determinare un pregiudizio del consumatore che abbia stipulato un contratto di mutuo anteriormente alla data della pronuncia della Corte suprema, qualora i giudici del rinvio aderissero a detto orientamento. Il principio di effettività del diritto dell'Unione impone infatti a questi ultimi di ripristinare «la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola» [15], anche a prescindere dalla sussistenza di ulteriori interessi rilevanti quanto alla stabilità del sistema. Da ciò consegue che i giudici spagnoli dovranno «lasciare inapplicata, di propria iniziativa, la limitazione degli effetti nel tempo cui il Tribunal Supremo (Corte suprema) ha proceduto nella sua sentenza del 9 maggio 2013, dato che essa non risulta compatibile con tale diritto» [16].

Ma tra le righe della sentenza della Corte di giustizia si potrebbe ulteriormente scorgere l'emersione di un profilo di rilevanza in punto di responsabilità dello Stato spagnolo per fatto del giudice nei confronti di tutti quei mutuatari ai quali è stata definitivamente negata tutela dopo aver intentato un'azione volta ad ottenere le somme indebitamente percepite dall'istituto bancario. In sostanza, seppur l'autorità di cosa giudicata formatasi su tali controversie pregiudi-

---

[14] Come noto, qualsiasi condotta dello Stato membro – e quindi non solamente l'esercizio del potere legislativo – può costituire una violazione del diritto dell'Unione (CGUE 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA e Factortame*, punto 32; CGUE 1° giugno 1999, causa C-302/97, *Konle*, punto 62 e CGUE 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, punto 27).

[15] CGUE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punto 61.

[16] CGUE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punto 74.

chi «i consumatori più attivi» rispetto a coloro che «hanno atteso passivamente» [17], ciò non esclude che i soggetti concretamente danneggiati possano, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla responsabilità degli Stati membri [18], chiedere nei confronti di essi il ristoro dei danni prodotti dalla violazione da parte dei giudici nazionali del diritto dell'Unione.

Nel caso di specie, sembra dunque che la Corte spagnola abbia violato in maniera manifesta il diritto dell'Unione e la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia sulla natura delle responsabilità che incombono al giudice nazionale in forza delle disposizioni della direttiva 93/13 [19], e che si possa, perciò, parlare di una violazione «sufficientemente caratterizzata» [20] che è uno dei presupposti stabiliti dalla giurisprudenza perché si configuri la responsabilità extra-contrattuale dello Stato per c.d. 'illecito comunitario' ad esso imputabile, allorché un organo giurisdizionale di ultimo grado abbia violato una norma di diritto dell'Unione. E tale circostanza sembra essersi verificata nella misura in cui il Tribunal Supremo si sia discostato nettamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di clausole abusive [21]. Le altre due condizioni a tal fine stabilite sono che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli e che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito [22]. Quanto all'attribuzione dei diritti ai singoli, è evidente che l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva riconosca ai consumatori la «non vincolatività» delle clausole che alterino l'equilibrio contrattuale con il professionista. Fuor di dubbio è inoltre il danno subito dai mutuatari, per i quali il passaggio in giudicato della sentenza contenente il diniego alla restituzione delle somme indebitamente versate agli istituti di credito prima del 9 maggio 2013 ha irrimediabilmente cagionato una diminuzione del patrimonio di questi ultimi. Una simile eventualità sa-

---

[17] A. DALMARTELLO, *Epilogo*, cit., 10 ss.

[18] Sul rapporto tra autorità di cosa giudicata e responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice v. CGUE 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, punto 39. In dottrina cfr. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Giuffrè, 2012, 59 il quale sostiene che «rimane fermo e pienamente condivisibile l'orientamento della Corte nella sentenza *Köbler*, in forza del quale è possibile conciliare il principio del risarcimento del danno con quello del rispetto della *res judicata*, senza che tali principi si escludano a vicenda». Con riferimento alla violazione del diritto dell'Unione da parte degli organi giurisdizionali v. in giurisprudenza CGUE 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Foro it*., 2006, IV, c. 417 ss. con note di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, ivi, c. 418 ss., A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, ivi, c. 420 ss., ed in dottrina G. STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Unione eur.*, 2009, 881 ss., V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 372 s.

[19] In particolare, si v. CGUE 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*; CGUE 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Finanmadrid EFC SA*.

[20] CGUE 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, cit., punti 55-58.

[21] Citata puntualmente nella sentenza *Gutiérrez* (CGUE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punti 53-62).

[22] CGUE 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, cit., punti 54 e 65.

rebbe tuttavia stata evitabile qualora il Tribunal Supremo avesse investito la Corte di giustizia della questione relativa alla possibilità per le giurisdizioni nazionali di limitare gli effetti dell'accertamento della nullità delle clausole *floor*.

4. – Nella vicenda in esame, le suddette violazioni del diritto dell'Unione imputabili al Tribunal supremo sembrano avere un diverso grado di evidenza e gravità. L'omissione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia appare come una violazione manifesta ed inescusabile, tenuto conto della delicatezza della questione e dell'ampia giurisprudenza cui poter fare riferimento in merito ai doveri di cooperazione cui sono tenuti i giudici nazionali nell'interpretazione della direttiva sulle clausole abusive. La violazione del principio di non vincolatività ed il conseguente pregiudizio all'effetto deterrente della direttiva si colorano, invece, di una maggiore tenuità e sollecitano una più attenta riflessione sul bilanciamento di interessi operato dalla Corte di Giustizia in contrapposizione a quello proposto dall'Avvocato Generale.

Su un punto però costoro paiono concordare: la tutela del consumatore non riveste un carattere assoluto [23]. Tuttavia, da una parte, vi è l'esigenza di ripristinare l'equilibrio fra il consumatore e il professionista tanto nei rapporti contrattuali pregressi quanto in quelli futuri; dall'altra, vi è la concorrente necessità di impedire che il ripristino dell'equilibrio in soccorso del consumatore in un numero molto elevato di rapporti contrattuali bancari possa mettere a repentaglio la stabilità di un settore economico nevralgico e già indebolito dalla crisi. Entrambe le predette istanze di protezione possono dirsi inscrivibili nell'alveo del principio di tutela dell'ordine pubblico economico e trovano fondamento nella tavola dei valori espressi dalle carte costituzionali degli Stati membri.

Per l'Avvocato Generale, la soluzione adottata dalla Corte spagnola di limitare nel tempo l'efficacia della propria decisione, facendo operare il divieto della clausola abusiva nel solo periodo successivo alla decisione, sembra delineare un giusto contemperamento fra gli interessi in gioco. Non si può ignorare, tuttavia, che in tal guisa si proietterebbero sulla classe dei consumatori gran parte delle perdite economiche derivanti da una forma di disfunzionamento o fallimento del mercato. Né deve stupire, d'altra parte, la semplicità con cui la Corte di Giustizia assume come prioritaria l'esigenza di una protezione completa e adeguata dei consumatori, che abbia la conseguenza di ripristinare la situazione di diritto e di fatto in cui essi si sarebbero trovati in mancanza della clausola dichiarata abusiva. A ben riflettere, difatti, i diritti dei consumatori alla restituzione delle somme indebitamente versate per effetto della clausola *floor* dovranno trovare soddisfazione in una parte soltanto dei rapporti contrattuali astrattamente coinvolti. Anzitutto, non si può dare per scontato che tutte le suddette clausole siano nulle, come ha già precisato il

[23] Cfr. CGUE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punto 68 e Conclusioni A.G. Mengozzi 13 luglio 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, cit., punto 73.

Tribunal Supremo [24] in una recente pronuncia che riguarda la *Caja Rural de Teruel*. In tale sentenza, la Corte spagnola ha respinto l'appello finalizzato a far pronunciare la nullità delle clausole sull'assunto che siano state valutate come trasparenti. Pertanto, sono da considerare nulle soltanto le clausole che non soddisfano i requisiti di trasparenza. Si deve tenere in conto che l'impatto massimo potenziale è limitato da alcuni criteri: si discorre solo di mutui ipotecari concessi a persone fisiche, non ad imprese. Allo stesso modo, non si includono i clienti che hanno firmato accordi con gli istituti bancari, con il fine di eliminare la clausola *suelo* in cambio di non reclamare le somme, oppure che abbiano negoziato tale clausola al momento della conclusione del contratto. L'efficacia della sanzione delle clausole abusive viene pertanto valutata in rapporto all'obiettivo di farne cessare l'utilizzazione [25]. Tuttavia, il perseguimento di tale obiettivo può essere abbandonato in presenza della volontà espressa del consumatore di restare vincolato ad una clausola contrattuale nonostante il suo carattere abusivo [26].

---

[24] Tribunal Supremo 9 marzo 2017, nr. 171/2017, in *poderjudicial.es*.

[25] Sul punto, v. A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, VI, 1489, il quale osserva che il diritto dei consumi, in quanto *ius* basato su politiche di regolazione, utilizza non «criteri ontologici di riconduzione del caso al tipo [...] bensì criteri teleologici di riconduzione del caso allo scopo»; cfr. S. PAGLIANTINI, *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, p. 1152, che osserva come le clausole *floor* siano un terreno ove si fronteggiano due idee di giustizia contrattuale: l'una, avvalorante l'idea di un primato della giustizia consumeristica quantunque il praticarla noccia od appanni l'efficienza del mercato, l'altra invece incline ad ammettere una subalternità dell'interesse particolare quando questo si trovi a sporgere rispetto ad un interesse generale alla giustizia.

[26] CGUE 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt contro Csaba Csipai e Viktória Csipai*, punto 35.

JUS CIVILE

Gerardo Villanacci

Professore ordinario di diritto privato – Università Politecnica delle Marche

RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ NELLA RILEVAZIONE DELLE SITUAZIONI DI RIDUZIONE *EX OFFICIO* DELLA CLAUSOLA PENALE

SOMMARIO: *1. Profili civilistici della ragionevolezza. – 2. Il principio di proporzionalità. – 3. La riduzione* ex officio *della clausola penale.*

1. – Il principio di ragionevolezza, a lungo ritenuto prerogativa esclusiva del giudice costituzionale [1] nell'ambito del giudizio di legittimità di una certa norma portata al suo vaglio, è strumento di portata generale finalizzato a scongiurare le obsolescenze del sistema giuridico formale attraverso un'analisi che tenga conto dei valori su cui fonda una certa comunità [2] da un lato, e quelli che l'ordinamento giuridico intende presidiare, dall'altro; infatti esso non si limita ad superare le diseguaglianze tra consociati ovvero tra norme, ma assurge a fonte da cui attingere nella individuazione degli interessi che assumono rilievo in un determinato contesto storico, in una logica di adesione e rispetto delle istanze economiche e sociali che caratterizzano una collettività senza legami rigidi col dato positivo [3].

---

[1] Per un approfondimento sul principio di ragionevolezza in ambito costituzionale si v. A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi* in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1994; L. PALADIN voce *Ragionevolezza* (principio di) in *Enc. giur.*, agg. I, Milano, 1997, 899 ss.; J. LUTHER *Ragionevolezza (delle leggi)* in *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino, 1997, 341 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio Costituzionale*, Milano, 2000; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009. Il giudizio di ragionevolezza utilizzato dalla Corte Costituzionale opera principalmente, se non esclusivamente, in tre ambiti: il giudizio di eguaglianza, il bilanciamento degli interessi e il giudizio di congruità tra la legge e il suo fine. Per un'analisi volta a dimostrare che il giudizio di ragionevolezza non è uno strumento nuovo, ma si compone di strutture argomentative ben note alla tradizione ermeneutica dei giuristi, v. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, 62 e ss., secondo cui il terzo aspetto sarebbe in realtà inseparabile rispetto agli altri due e perciò privo di una sua specifica autonomia. Secondo A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale,* in *Diritto e società,* 2000, p. 567 ss. *"la ragionevolezza può essere vista, ad un tempo, e sia pure con una evidente, inevitabile, semplificazione, quale concetto-mezzo e concetto-fine. È una tecnica, se così si può dire, alla quale può e deve costantemente farsi ricorso nei processi decisionali, ma è anche una meta verso cui i processi stessi devono tendere: uno strumento per la soddisfazione di valori ma anche, proprio per ciò, esso stesso un valore, senza il quale gli altri valori vedrebbero gravemente compromessa la possibilità di una loro apprezzabile (se non pure compiuta, nei limiti segnati dalla loro storicizzazione) realizzazione*".

[2] S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Milano, 2012.

[3] Cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 84 ss.; A. RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato,* Padova, 2007.

Oltre ad arginare l'operatività della clausola di buona fede [4] intesa come parametro di valutazione della condotta o di imputazione della responsabilità per l'inosservanza di doveri, la ragionevolezza [5] ha svolto ruolo di rilievo nel sindacato di legittimità delle condotte per scongiurare eventuali manipolazioni esegetiche connesse alla valorizzazione in chiave etica del principio di correttezza, infatti una configurazione dai labili confini normativi avrebbe ingenerato non pochi dubbi interpretativi e una generalizzata diffidenza circa il suo utilizzo nella risoluzione delle controversie. Così in difetto di un preciso significato precettivo si è ritenuto che quest'ultimo dovesse essere inteso come sinonimo di ragionevolezza in un'accezione neutra e tecnica dai contenuti ben delineati, scevro degli eccessi del solidarismo.

Nella giurisprudenza di Cassazione si è fatta applicazione del principio in parola nel sindacato di abusività attorno all'utilizzo di un certo diritto [6], determinando una sovrapposizione tra la buona fede, clausola generale [7] dalla quale desumere obblighi e comportamenti da tenere nella

---

[4] In questa direzione J. STEYN, *Contract law: fulfilling the reasonable expectation of honest men,* in *Law quarterly review,* 1997, pp. 438 ss., il quale, partendo dal presupposto che la buona fede svolge la funzione di assicurare la tutela degli affidamenti ragionevoli, giunge a concludere che non vi sarebbe necessità di recepire la nozione di buona fede nel diritto inglese, perché ciò genererebbe un'inutile duplicazione di principi. In senso analogo P. SCHLECHTRIEM, *Uniform sales law, The Un-Convention for International sale of goods,* Vienna, 1986, pp. 39 ss., secondo il quale la mancata enunciazione espressa di un principio generale di buona fede nella Convenzione di Vienna conduce a ritenere che la stessa possa desumersi dal concetto di ragionevolezza. Emblematica, in tal senso, appare anche la scelta operata dal codice civile olandese del 1992, dove ragionevolezza ed equità sono affiancate, con la funzione di sostituire la buona fede (*goude trouw,* termine che, infatti, scompare dal linguaggio legislativo): M.W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid en het europese privaatrecht,* Dordrecht, 1999, pp. 27 ss.; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato,* in *Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica,* 7, 2002, p. 383 ss., il quale dichiara apertamente che la ragionevolezza, per quanto attiene al diritto privato, vada intesa quale "criterio di qualificazione delle condotte"; A. RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato,* cit.

[5] G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza, in Riv. dir. civ., I, 1984,* p. 733 ss.

[6] Ci si riferisce in particolare a Cass. 18.9.2009, n. 20106. In altre parole la ragionevolezza rappresenterebbe criterio di valutazione dei comportamenti posti in essere dalle parti al fine di individuare eventuali responsabilità, e si distinguerebbe dalla buona fede perché inidonea a fondare nuovi obblighi in capo ai soggetti del rapporto obbligatorio. Il giudizio si sostanzia in una valutazione del giudice che, tenuto conto delle circostanze concrete, stabilisce se il comportamento tenuto dalle parti sia il più adeguato al soddisfacimento del reciproco interesse: all'adempimento per il creditore da un lato, e alla liberazione dal vincolo del debitore dall'altro.

[7] P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, per il quale la ragionevolezza, così come la proporzionalità, sono strumenti per valutare la meritevolezza di un atto di autonomia; In tal senso anche F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, pp. 185 ss., secondo cui il principio in questione consentirebbe di selezionare gli interessi meritevoli di tutela. Sulla buona fede quale fonte di integrazione del contratto da cui derivano obblighi ulteriori, rispetto a quello principale della prestazione, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965. Sulla differenza tra obblighi di integrazione e obblighi di protezione, i quali trovano sempre origine nella buona fede permeata dal principio costituzionale di solidarietà, cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione,* in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990. Sull'ambito di operatività del principio di buona fede, tra le numerose e autorevoli voci dottrinali, si segnala E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, secondo l'a. "la buona fede (…) per il fatto che abbraccia la totalità del contegno, ha precisamente la portata (…) o di ampliare gli obblighi letteralmente assunti mediante il contratto od eventualmente di restringere questi obblighi contrattuali, (…) il criterio della buona fede porta ad imporre, a chi deve la prestazione, di fare quanto è necessario per assicurare alla controparte il risultato utile della prestazione stessa".

vicenda contrattuale [8] alla luce del principio di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost, e la ragionevolezza che, al contrario, seleziona a monte gli interessi [9] da tutelare, esplicando una funzione complementare e preliminare alla meritevolezza che permea, controllandola, l'autonomia negoziale.

Non appare, pertanto, condivisibile l'assunto che attraverso la buona fede sia possibile garantire la ragionevolezza nei rapporti contrattuali giacché sono i principi che illuminano le clausole generali e non viceversa.

Nell'ideologia corporativo – fascista che faceva da sfondo alla promulgazione del codice civile la qualifica del contratto come meritevole era subordinata al raggiungimento di finalità economico-politiche del regime, coerentemente con quanto previsto nella relazione al Re del Guardasigilli sul libro «Delle obbligazioni», in cui si faceva menzione a concetti di "coscienza civile e politica", "principi ispiratori dell'economia nazionale", "buon costume", "ordine pubblico", accordandosi piena protezione solo a pattuizioni che avessero una funzione sociale, vale a dire finalizzate al raggiungimento di interessi della collettività nazionale [10].

Tale impostazione subisce un radicale cambiamento a seguito dell'affermazione dei principi democratici dello Stato Repubblicano che promuovono una lettura restrittiva del concetto di meritevolezza relegando l'attività dell'interprete ad un sindacato di mera legittimità della pattuizione con i dettami dell'ordinamento giuridico.

Una scelta che, oltre a comprimere l'area di operatività del sindacato giudiziale riducendolo ad uno sterile controllo formale della pattuizione, rappresenta il futile tentativo di trasporre nell'area dei negozi atipici il controllo di liceità della causa che il legislatore già prevede per i contratti tipizzati.

Orbene una lettura funzionalizzata dei principi costituzionali, impone di distinguere tra liceità e meritevolezza fornendo adeguata tutela a quegli interessi che seppur non immediatamente esplicativi di una funzione sociale, rappresentino in ogni caso esplicazione della personalità e dei valori che contraddistinguono i consociati in un certo momento storico.

---

[8] Sul concetto di clausole generali, quale strumento di concretizzazione di valori normativi e princípi superiori, il cui contenuto non è fisso, in quanto collegato agli interessi richiamati nel caso concreto v anche P. FEMIA, *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2004, p. 28 ss.; G. RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria,* in *Rass. dir. civ.,* 2002 p. 271 ss.; G. PERLINGIERI, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo,* in *Rass. dir. civ.* 2012, p. 1301 ss.; e Id., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile,* Napoli, 2003.

[9] In senso opposto A. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contr. impr.,* 2005, pp. 643 ss.; M. BARALDI, Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale, in Contr. Impr., 2005, II, pp. 511 ss. In giurisprudenza si v. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2885, in Corr. Giur., 2005, pp. 976 ss., secondo la quale "la buona fede, quindi, si pone come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto, nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di normalità sociale, e quindi di ragionevolezza".

[10] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino *Rist.* 1994, p. 197 ss.

2. – Il principio di proporzionalità che trova la sua prima applicazione nel diritto amministrativo prussiano [11], è pacificamente inteso come criterio guida dell'azione amministrativa [12] e a partire dal noto caso *Kreuzberg* del 1882, prende a rappresentare parametro di valutazione dell'attività repressiva della pubblica autorità imponendo nella misura da adottare in concreto quella che sia al contempo la più idonea a raggiungere lo scopo pubblico prefissato e la meno incisiva per il cittadino che la subisce.

Nel caso di specie una Corte amministrativa prussiana aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare, emanata dall'autorità competente senza adeguata istruttoria che valutasse in concreto la possibilità di adottare provvedimenti sanzionatori di minore gravità per sanzionare il mancato possesso da parte dell'imprenditore della licenza per la vendita di alcool.

La necessaria compresenza della idoneità, della necessarietà e della proporzionalità in senso stretto, quali elementi imprescindibili nel giudizio a tre gradini che connota il principio in parola, assumerà rilievo in un momento successivo rispetto a quello in cui il principio trova la sua prima enunciazione. Infatti, nella sua primissima formulazione [13] esso si presenta come mero autolimite all'azione statale e solamente con l'avvento dello Stato liberale riuscirà a mostrare la sua reale potenzialità nel diritto costituzionale e amministrativo germanico.

La prevalenza del bene comune rispetto ai diritti, alle aspirazioni materiali e spirituali dei singoli è alla base dell'ideologia che caratterizza le grandi dittature del primo Novecento, il cui credo fonda sull'incondizionata subordinazione dell'individuo ai valori facenti capo ad un certo gruppo sociale.

Il contesto storico in cui il principio muove i primi passi è per lo più contraddistinto da una visione assolutistica dell'autorità statale, alla quale si accompagna l'idea di un interesse pubblico quale bene sovraordinato ad ogni altro. Interpretazione che sarà messa in discussione solo al termine dell'esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista quando maturerà la convinzione che l'intervento dello Stato va continuamente sottoposto ad un giudizio di legittimità che tenga conto oltre che dei benefici prodotti anche dei sacrifici arrecati dalla misura nella sua complessità.

L'esaltazione del singolo e dei suoi diritti fondamentali, in conseguenza delle tragedie e dei

---

[11] Infatti, la dottrina giuridica è unanime nel rinvenire il fondamento del principio di proporzionalità nel caso *Kreuzberg* del 1882, in cui la Corte amministrativa prussiana aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare perché privo di licenza per la vendita e distribuzione di alcool, senza che l'autorità avesse ponderato, in concreto, la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minore gravità. Proprio da questa prima formulazione si può cogliere il nucleo centrale del suddetto principio che è il seguente: "*La Pubblica Amministrazione, nell'esercizio dei compiti attribuitigli dalla legge, è tenuta ad adottare la soluzione idonea e necessaria, comportante il minor sacrificio possibile per le posizioni dei privati coinvolti*". Sul punto si veda A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge University Press., 2012, 175-210.

[12] Nella giurisprudenza si v. per tutte CdS., sez. V. 14.4.2006 n. 2087.

[13] Per un approfondimento sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano si v. G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 15.

genocidi che caratterizzano la prima parte del secolo scorso, comportano una parziale recessione dell'interesse generale in favore di un maggiore coinvolgimento dei soggetti interessati al processo decisionale utile al raggiungimento della migliore mediazione tra i diritti coinvolti nell'adozione del provvedimento.

Complessivamente intesa, dunque, la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo ha la funzione di far emergere gli interessi privati connessi all'azione amministrativa, in modo da orientare le scelte della P.A. sulla scorta di tutti gli elementi fattuali in gioco, in funzione della migliore soddisfazione possibile dell'interesse pubblico e del minor sacrificio del soggetto destinatario degli effetti del potere stesso. Si pensi alla legge sul procedimento amministrativo che a far data dal 1990 prevede vari istituti a garanzia del privato come l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento; il dovere della motivazione; il preavviso di rigetto che assicura la partecipazione dei titolari di interessi secondari al procedimento per favorire la ricerca ed individuazione di soluzioni alternative eque e meno gravose; o ancora gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni che favoriscono la partecipazione dei privati nella scelta del percorso da intraprendere da parte delle pubblica amministrazione. Esempi paradigmatici della portata applicativa della proporzione che, ponendosi come strumento di raccordo tra i vari interessi in gioco, favorisce la migliore ponderazione possibile tra l'*agere* pubblicistico e i diritti dei soggetti coinvolti.

Con l'avvento dello Stato Costituzionale in definitiva si ritiene che la composizione degli interessi debba tener conto, oltre che dei requisiti dell'idoneità e della necessarietà, di un ulteriore giudizio di bilanciamento tra pregiudizi inferti al singolo e benefici conseguiti dalla collettività, in modo tale che all'accrescimento del sacrificio dell'interessato, corrisponda un soddisfacimento più elevato del bene comune che con quell'attività si intende perseguire. Così la concretizzazione dell'azione pubblica si sostanzia in una valutazione comparativa necessariamente condizionata nel suo esito finale dall'incisività dell'intervento lesivo, nel senso che la misura adottata dai pubblici poteri in concreto non deve essere percepita come illogica, intollerabile e inaccettabile dall'interessato che ne subisce gli effetti.

Non solo, il principio in parola ha rilevanza straordinaria nella scelta della sanzione da comminare al provvedimento amministrativo allorquando a venire in gioco sia una violazione formale o procedimentale che non condizioni in concreto il contenuto dell'atto posto in essere.

Norma cardinale di questa evoluzione e del contestuale passaggio dal giudizio sull'atto a quello sul rapporto è l'art. 21-*octies* [14], comma secondo, della legge sul procedimento ammini-

[14] L'art. 21 *octies* della l. n 241 del 1990 espressamente prevede che " *è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*."

strativo, dalla quale si fa discendere la volontà legislativa di assicurare una cognizione più sostanziale del potere su cui insistono l'istanza del privato da un lato e gli scopi perseguiti con l'atto dall'altro, per effetto dell'adesione ad un modello di tutela giurisdizionale di tipo soggettivo in cui a rilevare non è la legittimità dell'atto, ma la fondatezza della pretesa del ricorrente.

Tale disposizione rappresenta più in generale la tessera di un mosaico volto a rideterminare i cromosomi del processo amministrativo mediante l'assegnazione all'interprete di un sindacato che si estenda all'intera attività amministrativa espletata e più nello specifico al rapporto sotteso al bene della vita. La *ratio,* dunque, non è quella di contrastare illegittimità formali ma quella di attribuire al giudice il controllo della funzione amministrativa anche al di là del singolo provvedimento emanato ammettendo, in presenza di determinati presupposti, la permanenza nel mondo giuridico dell'atto illegittimo qualora il precetto in esso contenuto non possa avere esiti diversi.

Talvolta, infatti, l'eliminazione del contenuto di un provvedimento non determina effetti favorevoli per il soggetto che invoca la tutela di un proprio interesse giuridicamente rilevante, traducendosi nella mera riedizione del potere munito di valida cornice formale.

In casi del genere la pronuncia caducatoria emanata dal giudice rappresenta sanzione sproporzionata nel rapporto tra beneficio ottenuto dal singolo e danno prodotto alla pubblica amministrazione giacché la statuizione non produce alcun benefico sostanziale al ricorrente, determinando al contrario una congestione della macchina amministrativa obbligata ad emanare un nuovo provvedimento scevro dai vizi di illegittimità e tuttavia identico a quello originariamente adottato.

L'emersione dei diritti fondamentali dell'individuo tra quelli costituzionalmente tutelati determina una lenta rimodulazione del principio di proporzionalità e una graduale estensione della sua operatività a tutta l'area del diritto, tanto che da strumento di contenimento della funzione di autorità pubblica assurge a parametro su cui calibrare i provvedimenti normativi e quelli amministrativi, in maniera tale che il perseguimento degli interessi generali non determini una inaccettabile compromissione dei contrapposti diritti e delle libertà fondamentali che fanno capo al soggetto nei cui confronti incide il provvedimento.

Nel contesto sovranazionale il principio in parola, dopo essere stato catalogato [15] tra i principi generali del diritto europeo in base al metodo della comparazione giuridica, ha assunto base positiva nel Trattato della Comunità europea (oggi Trattato dell'Unione Europea) assurgendo a vero e proprio pilastro da prendere a riferimento nell'espletamento delle funzioni di carattere normativo e amministrativo delle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione, oltreché nel giudizio concernente gli atti emanati dagli Stati membri in funzione della limitazione della libertà e dei diritti fondamentali previsti dal Trattato [16].

---

[15] La Corte di Giustizia ha fatto esplicito riferimento al principio di proporzionalità sin dagli esordi della giurisprudenza. Si v. Corte giust. 16.7. 1956, in causa 8/1955 *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, 199 ss.; Corte giust. 14.12.1962, in cause riun. 5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ss.; Corte giust., 19.3.1964 in causa 18/63 *Schmitz*, in *Racc.* 1964, 175 ss.

[16] Ci si riferisce all'art. 5 T.U.E. ultimo capoverso ove si stabilisce che "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei

Nonostante alcune decisioni della Corte di Giustizia forniscano una definizione del principio per certi versi analoga a quella promossa dall'ordinamento tedesco, molteplici sono le pronunce che fanno riferimento ai soli concetti di idoneità e necessarietà, a conferma di come la proporzione resti frutto di un peculiare giudizio, articolato secondo categorie logiche che solo in parte si sovrappongono con quelle fornite dal diritto germanico [17].

Idoneità e necessarietà rappresentano indici in base ai quali si realizza il controllo del giudice europeo, senza che ciò comporti l'adesione ad una nozione fissa e predeterminata del concetto poiché l'atto, lungi dall'essere oggetto di una verifica trifasica, è frutto di un giudizio complessivo dal quale scaturisce di volta in volta la sua adeguatezza al caso concreto in relazione agli scopi perseguiti dai Trattati.

Le misure normative o amministrative adottate dagli Stati membri e aventi come effetto la degradazione della libertà o dei diritti fondamentali contemplati dal Trattato o da norme di diritto derivato, seppure emanate nel contesto di un più ampio interesse generale facente capo all'Unione, sono sottoposte ad accertamenti che ne legittimino la loro conformità al principio di proporzionalità e la loro rispondenza al criterio della necessarietà, presupposto ineludibile nella scelta della misura.

Così una volta acclarata l'idoneità del mezzo al fine da perseguire, la giurisprudenza non tralascia di verificarne l'infungibilità con altri, mediante un giudizio che appuri l'inesistenza in *rerum natura* di strumenti meno pregiudizievoli per il controinteressato [18].

Manca invece nell'iter logico seguito dai giudici UE la verifica della adeguatezza del mezzo, intesa come sostenibilità da parte degli interessati degli effetti negativi arrecati dall'azione normativa o amministrativa nel rapporto con i benefici realmente apportati; infatti, salvo in casi eccezionali, le pronunce delle Corte di giustizia [19] non danno conto di tale contemperamento aderendo ad un modello prevalentemente oggettivo di giurisdizione della tutela in cui a rilevare sono gli interessi concretamente presi in considerazione e la corretta applicazione del diritto oggettivo.

Nel contesto ordinamentale italiano il principio in parola si manifesta a partire dagli anni novanta, dapprima sovrapponendosi al sindacato di ragionevolezza [20] e in un secondo momento di-

---

trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità". Per un'ampia trattazione del principio di proporzionalità si v. N. EMILIOU, *The principle of proporzionalità in European Law. A comparative study,* London, 1996; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario,* Napoli, 1999.

[17] Cfr. C. giust., 14.5.2009, in C-34/08, *Azienda Agricola Disarò*; C. giust., 4.6.2009, in C-142/05, Aklagaren; C. giust., 11.6.2009, in C-33/08, *Agrana Zucker*; . giust., 22.12.2008, in C-336/07, *Kabel Deutschland*; C. giust., 5.3.2009, in C-88/07, Commissione c. Regno di Spagna.

[18] C. giust., 22.12.2008, in C-336/07, *Kabel Deutschland*; C. giust., 5.3.2009, in C-88/07, Commissione c. Regno di Spagna; C. giust., 28.4.2009, in C-518/06, Commissione c. Repubblica italiana; C. giust., 17.9.2009, in C-182/08.

[19] C. giust., 11.07.1989, in C-265/87,*Schräder*, in *Racc.*, 1989, 2237 ss.

[20] Nella giurisprudenza si rinviene un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità ma anche adeguatezza, congruenza e non arbitrarietà. Cfr. per tutte Corte Cost. 18.1.1999 n. 2 ove i giudici osservano

sancorandosi dallo stesso per effetto del rinvio disposto dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo [21] ai principi unionali, tra cui vi è senz'altro quello della proporzionalità quale criterio generale volto a regolare l'azione amministrativa.

Diversi riferimenti al principio si rinvengono anche nelle disposizioni ordinarie di recepimento delle direttive europee, che gli attribuiscono un ruolo significativo in settori sensibili come quello concernente la gestione dei rifiuti [22], la tutela del risparmio e la regolamentazione dei mercati finanziari [23], nonché nella predisposizione degli atti di regolazione generale e in tema di libertà di impresa ove si impone allo Stato, alle regioni, agli enti locali e agli enti pubblici di valutare l'impatto delle iniziative legislative e regolamentari, anche di natura fiscale, sulle imprese, prima della loro adozione, attraverso i criteri della proporzione [24].

Da mero doppione del principio di ragionevolezza, privo di idonea positivizzazione, il principio di proporzionalità acquisisce una propria autonomia e una rinnovata considerazione [25] in tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico, tanto da rendere necessario un distinguo tra i due concetti in parola.

Apparentemente involgenti concetti di medesima valenza semantica, essi si differenziano per il fatto che l'uno è la risultante dell'apprezzamento qualitativo di alcuni valori nel tempo, men-

---

che "l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza". Ragionevolezza, proporzionalità, razionalità ed eguaglianza costituiscono, tutti insiemi e mediante un unico passaggio argomentativo, parametro per il giudizio di illegittimità costituzionale della legge impugnata; si v. Corte Cost. 29.5.1995 n. 220. In dottrina, pregevoli sono le riflessioni di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

[21] Ci si riferisce a L. 7 agosto 1990 n. 241 così come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 che testualmente recita "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario."

[22] Ci si riferisce all'art. 178, co. 3 che fa espresso riferimento al principio di proporzionalità nella parte in cui specifica che "*La gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione, di prevenzione, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti, nel rispetto dei principi dell'ordinamento nazionale e comunitario, con particolare riferimento al principio comunitario "chi inquina paga*". A tal fine la gestione dei rifiuti è effettuata secondo criteri di efficacia, efficienza, economicità e trasparenza.

[23] Cfr. art. 23, comma 2, della l. n. 262, 28 dicembre 2005 il quale stabilisce che nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, prevede che "*le Autorità di cui al comma primo tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*".

[24] Cfr. art. 6 della l. n. 180, 11 novembre 2011, recante *Norme per la tutela della libertà d'impresa.*

[25] P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti,* cit. L'a. evidenzia che in talune norme costituzionali la proporzionalità assume il ruolo di parametro di valutazione ulteriore e successivo rispetto a quello di ragionevolezza. In particolare, esso consente una valutazione di carattere quantitativo, alla ricerca di una giusta proporzione. Così ad esempio l'art. 36 Cost. esprime il principio della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, mentre l'art. 53 Cost. stabilendo che tutti sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica in ragione della loro capacità contributiva, costituisce un limite al potere legislativo tributario che deve ispirarsi non solo alla ragionevolezza, ma anche alla proporzionalità.

tre l'altro rappresenta la misura di salvaguardia in concreto assegnata a ciascuno di essi per effetto delle direttive imposte da un certa comunità.

Si pensi all'art. 53 Cost. che prevede un apporto dei contribuenti alla spesa pubblica vincolato alla loro capacità contributiva. La connessione fra livello di ricchezza ed entità della tassazione sono influenzati dalle coordinate dettate e specificate di volta in volta dal legislatore secondo una certa scelta della ragione, che è la risultante di interessi diversi che si fondono nel fine pubblico da realizzare, come ad esempio nella scelta politica di colpire o, al contrario, di salvaguardare alcune categorie di contribuenti, oppure di stimolare o di limitare un certo genere di consumi ritenuti per ipotesi pregiudizievoli per la salute.

In definitiva associare questi principi, senza aver chiaro l'ambito d'incidenza di ciascuno, significa sovrapporre il piano dinamico della selezione di interessi meritevoli, in continua evoluzione per effetto della rielaborazione, graduazione e talvolta creazione di posizioni soggettive ad opera del comune sentire sociale in un determinato periodo storico, con quello statico della misurazione che è il risultato di specifiche coordinate etero-imposte.

In alcuni casi l'approssimazione terminologica non si limita ad offuscare i contorni tra ragionevolezza e proporzionalità, ma determina interferenze tra i principi e i criteri per valutarli e misurarli concretamente [26], tralasciando che proporzione e ragione – così come buona fede e buon costume [27] – sono sintesi descrittive a cui va attribuito un significato mediante degli *standards* [28] deducibili da una lettura funzionalizzata dei valori costituzionali [29].

Affermare che l'attività amministrativa si informa al principio di proporzionalità significa, in concreto, che tale valore sprigiona la sua efficacia non solo in sede di sindacato giurisdizionale sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa, ma su tutto l'*agere* pubblicistico che deve essere continuamente e incessantemente orientato sull'obiettivo indicato dalla norma attributiva del potere, mediante l'individuazione e il contemperamento dei valori in gioco.

Dovere dell'amministrazione è quello di vagliare le possibili alternative alla propria azione, in modo tale da individuare la condotta più rispondente all'interesse pubblico primario avendo cura di selezionare la misura meno pregiudizievole per il soggetto interessato.

---

[26] G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1997, 939 ss.

[27] A. TRABUCCHI, *"Buon costume"*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 700 ss.; G. B. FERRI, *"Buon costume, II) Diritto civile"*, in *Enc. giur.,* Roma, 1998 p. 3 ss. In particolare l'a. si occupa del rapporto tra buona fede e buon costume e osserva come sia difficoltoso tracciarne un confine, a conferma della difficoltà di individuare gli *standards* cui ancorare l'area di operatività delle clausole generali.

[28] Per un approfondimento sulla differenza concettuale tra clausole generali e *standards* si v. M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards* in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (a cura di) P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 1989, p. 311-344; ID Prefazione a E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003.

[29] G. ALPA, *La solidarietà,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 365 ss.; G. NICOLETTI, (voce) *Solidarismo e* personalismo, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 170, 835 ss.; L. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. It.*, 2011, 1718 e ss.

Infine, l'intervento deve mirare ad una composizione dei valori in gioco che non si manifesti nella coscienza dei consociati come illogico e inadeguato, ragione per cui è necessaria un'istruttoria adeguatamente approfondita nell'ambito della quale assume importanza straordinaria la partecipazione dei privati mediante osservazioni, richieste e proposte alternative di esercizio del potere come nel caso del proprietario di un'area destinata all'espropriazione [30] per la realizzazione di un'opera pubblica, al quale va data formale comunicazione di avvio del procedimento e la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla localizzazione e apposizione del vincolo prima della dichiarazione di pubblica utilità.

3. − L'art. 1384 c.c. prevede che la penale possa essere diminuita equamente dal giudice se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se il suo ammontare è manifestamente eccessivo in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Tale facoltà, da esercitare secondo equità, non determina tanto l'esigenza di una stretta equipollenza tra penale ed entità del danno verificatosi, quanto sostanzialmente una rimodulazione della somma pattuita sull'interesse del creditore giustificativo dell'adempimento e più in generale dell'intero negozio.

Nel silenzio della legge l'ammissibilità di un autonomo intervento giudiziario che verifichi in concreto l'adeguatezza della regola pattuita è inscritta nei limiti che incidono sull'autonomia privata, tra cui vi è senz'altro quello della meritevolezza che rappresenta correttivo del principio di proporzionalità.

Inoltre, dalla circostanza che il giudice possa e non necessariamente sia obbligato a rimodulare la penale eccessivamente onerosa, si desume non già l'esistenza di un diritto rimesso alle strategie difensive del *solvens,* ma l'obbligo in capo all'interprete di svolgere la sua funzione ortopedica tenendo debitamente conto dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali e il reale interesse del creditore che permea il contratto.

Si supera l'idea secondo cui la riduzione della somma rappresenta effetto di una specifica istanza del debitore e si aderisce a quella che ne valorizza la portata generale, quale rimedio nelle mani del giudice tenuto a ripristinare il corretto equilibrio tra le sfere giuridiche dei privati [31], in base alla effettiva incidenza degli interessi in gioco a presidio dei quali soltanto è preposto il potere di *reductio ad aequitatem* della penale.

In questo senso la riduzione della clausola penale rappresenta normale estrinsecazione del potere di accertamento dell'organo giudicante sulla rispondenza dell'autonomia contrattuale al

---

[30] Cfr. l'avviso di cui all'art. 16, comma quarto, D.P.R. n. 327 del 2001 che realizza, infatti, una garanzia partecipativa non meramente formale rappresentando un necessario passaggio cognitivo-dialettico funzionale sia per la parte, che può opporre fatti e/o circostanze non considerati, sia per l'amministrazione che quelle osservazioni deve esaminare e valutare prima di approvare il progetto definitivo dell'opera.

[31] Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Giust. civ. Mass.*, 2003 e in *Dir. e giur.*, n. 1/2004, p. 105 ss.

principio di proporzionalità e più nello specifico ai limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono qualificarsi come meritevoli di tutela.

Tale controllo va esercitato anche *ex officio* perché è potere-dovere assegnato all'interprete per la concretizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento [32], sostanziantesi nel giusto bilanciamento tra somma pattuita e inadempimento da prevenire o reprimere, la cui reale misura è determinata dall'interesse del creditore da un lato e dal sacrificio concretamente esigibile dal debitore dall'altro.

Il rischio di interferenze giudiziali che stravolgano l'originario assetto di interessi pattuito non è ragione da sola sufficiente a limitare il potere eterointegrativo del giudice che è istituzionalmente preposto a contemperare i principi solidaristici con la stabilità del sistema economico generale.

In un contesto di questo tipo il principio di proporzionalità è inscindibilmente legato al negozio nella sua accezione di punto di incontro tra interessi giuridici meritevoli in continua evoluzione, che per loro stessa natura possono essere erosi da molteplici fattori [33].

Ecco che la valenza quantitativa del principio, come giusta misurazione tra elementi omogenei e raffrontabili tra loro si traduce in un giudizio di equità [34] in grado di eliminare la sproporzione tra valori economici [35] al fine di scongiurare squilibri illogici e irragionevoli, inidonei o non necessari alla realizzazione di un certo interesse; benefici del quale possono essere raggiunti dal titolare con modalità meno lesive della sfera giuridica della controparte.

Così il potere di pattuire una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno non equiva-

---

[32] A. RICCIO, *È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestatamente eccessiva,* in *Contr. e impr.,* 2000, p. 98, che riconduce "il fondamento della riduzione della penale manifestatamente eccessiva (…) all'interno di un più generale ed emergente fenomeno: il processo di oggettivizzazione della tutela contro lo squilibrio delle condizioni contrattuali", laddove la clausola generale di buona fede rappresenta "lo strumento per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata"

[33] G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr*., 2002, p. 774 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966, *passim.*

[34] Tale principio si pone a fondamento del potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale eccessiva (art. 1384 c.c.) Sul punto significative sono: Cass. 24.9.1999 n. 10511, in *Contratti*, 2000, p.; ID, in *Corr. giur.,*2000, p. 68 s.; Cass., sez. un. 13.9.2005 n. 18128, in *Corr. Giur*. 2005, 1538 ss. *Contra* in dottrina si v. U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto,* Milano, 2005, il quale ritiene che la riduzione della clausola penale sarebbe semplicemente l'espressione del potere dell'interprete di determinare la misura del pregiudizio e non già manifestazione di un'esigenza di proporzione tra prestazioni.

[35] Cfr. sul punto P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, cit.* Non va dimenticato per altro che l'operatività del meccanismo di riduzione giudiziale della penale è presente anche in materia di contratti commerciali internazionali. Ci si riferisce in particolare all'art. 7.4.13. dei principi elaborati DALL'UNIDROIT in cui si afferma che " *in ogni caso, nonostante qualsiasi patto contrario, la somma stabilita può essere ridotta ad un ammontare ragionevole ove essa sia manifestamente eccessiva in relazione al danno derivante dall'inadempimento di altre circostanze*". In dottrina si v. I. TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori,* in quaderni della *Rass. dir. civ.*, diretta da P. Perlingieri, 2006, 63; Considerazioni analoghe valgono in materia consumeristica ove la proporzionalità va intesa come mezzo di riequilibrio tra prestazioni sproporzionate e non come necessaria proporzione tra prestazioni. Sul punto cfr. M. BIN, *Clausole vessatorie, una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, p. 439.

le ad assegnare all'*accipiens* un potere incondizionato circa l'entità della clausola penale da concordare, ma a promuovere una leale collaborazione tra i protagonisti per l'individuazione del corrispettivo che sia idoneo a disincentivare l'inadempimento della prestazione senza tuttavia produrre sacrifici troppo onerosi nella sua sfera giuridica del debitore.

In senso analogo, l'azione di risoluzione del contratto non è risposta da dare a qualsiasi tipo di inadempimento, ma solo a quello che si sostanzi in una condotta inadempiente di non scarsa rilevanza, la cui valutazione in termini di gravità dipenda dalla comparazione tra le sfere giuridiche di riferimento nell'economia complessiva del rapporto giuridico, potendo la misura caducatoria rappresentare mezzo idoneo alla realizzazione dell'interesse creditorio ma non essere all'uopo necessario per la sussistenza di mezzi parimenti efficaci e meno lesivi della sfera giuridica dell'obbligato. Pertanto, la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del pregiudizio, che per vero potrebbe anche non esserci, ma al rilievo assegnato alla violazione dalla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione [36].

L'interpretazione che ritiene la riduzione ad equità della clausola penale, ordinario esercizio di controllo del giudice [37] sull'autonomia privata si inserisce nel più generale quadro ermeneutico incline ad individuare la strumentazione di cui il giudice dispone per ripristinare l'equilibrio tra sfere giuridiche: in questo senso la proporzionalità non si occupa dello *status* dei contraenti ma della reale posizione delle parti all'interno della vicenda contrattuale per approdare a soluzioni più sostanziali che abbiano come punto di riferimento la giustizia commutativa tra gli scambi piuttosto che la pedissequa e spesso insoddisfacente aderenza al dato normativo [38].

Si assiste ad un vero e proprio tentativo di annettere alle transazioni un plusvalore di carattere pubblicistico che faccia da contraltare alla nuova concezione di causa in concreto: se da un lato la funzione economico – individuale che connota ogni pattuizione non deve necessariamente coincidere con quella prevista in astratto dalla legge, dall'altro essa deve rispondere ad un principio di ordine pubblico economico che ne accerti idoneità e necessarietà mediante un giudizio, all'esito del quale soltanto, la pattuizione potrà dirsi meritevole di tutela e in grado di produrre i suoi effetti nel mondo giuridico.

A sostegno dell'assunto valga considerare che in materia di usura la sanzione della nullità per le clausole con tasso di interesse usurario è comminata in base ad un parametro oggettivo –

---

[36] Cfr. Cass. sez. III, 28.6.2010 n. 15363 e Cass. sez. III. 8.7.2010 n. 16111.

[37] Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. Civ.,* 1999, pp. 2930 ss.; in *Corr. Giur.,* 2000, pp. 68 ss., con nota di M. FAUCELLI, in *Contratti,* 2000, pp. 118 ss., con commento di G. BONILINI, che definisce "improprio" il ragionamento seguito dalla sentenza, laddove "reputa non eccezionale l'intervento del giudice, bensì normale il controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata, che il giudice svolge a prescindere dalla richiesta della parte interessata", in quanto tale estensione contrasterebbe con la scelta del legislatore di esplicitare con chiarezza "i casi in cui quell'autonomia deve risultare mitigata".

[38] C. SCOGNAMIGLIO, *La causa e la giustizia del contratto* in *Trattato del contratto Roppo,* II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p.141 ss.

il tasso rilevato trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – che non dipende in alcun modo da circostanze in grado di alterare il processo di formazione della volontà dei contraenti, avvalorando la generale propensione dell'ordinamento all'equilibrio tra le prestazioni.

Né appare condivisibile l'idea che il legislatore si sarebbe limitato a presidiare il singolo disinteressandosi della giustizia degli scambi, sia sulla base del dato letterale che nulla esclude in tal senso, sia per la presenza nel panorama legislativo di altre norme con duplice valenza precettiva come la nullità di protezione prevista in materia consumeristica, la cui portata sanzionatoria è posta a salvaguardia sia della correttezza delle transazioni sia delle ragioni del consumatore nella sua veste di parte debole del rapporto.

L'intervento del giudice è strumento di cui l'ordinamento si avvale per controllare l'autonomia negoziale [39] evitando la produzione di risultati illogici che travalichino i limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono ritenersi meritevoli di tutela, con la conseguenza che il principio di proporzionalità assurge a limite dell'autonomia delle parti, da verificare caso per caso in base ai presupposti di legge e alle circostanze concrete.

---

[39] F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 895, come sia apprezzabile l'*iter* argomentativo seguito da Cass. n.10511/99, nella quale, reputandosi di mutare opinione rispetto al precedente indirizzo della Cassazione, si sono chiarite le ragioni che hanno ispirato tale decisione, in relazione alla ritenuta mutata concezione del contratto: "Un esemplare modello di *overruling* si ritrova nella motivazione della pregevole Cass., 24 settembre 1999, n. 10511 […] che affronta il problema delle riduzione *ex officio* della penale eccessiva, analizzando con attenzione la precedente contraria giurisprudenza della Cassazione e rilevando come questa fosse legata ad una antica, e non più attuale, concezione del contratto basata sulla «intangibilità delle convenzioni» e sul «dogma della volontà», non compatibile con i nuovi orientamenti giurisprudenziali, che, muovendo dalla valorizzazione delle clausole generali di buona fede e correttezza, riconoscono al giudice il potere di verificare la congruenza dello scambio contrattuale"; in senso conforme si segnala, inoltre, Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.

JUS CIVILE

VINCENZO ROPPO

Professore ordinario di diritto civile – Università di Genova

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DI PIETRO TRIMARCHI *

1. – Sono l'ennesimo ex studente genovese di Pietro Trimarchi che prende la parola durante questa presentazione. Come tale, ci tengo a dire quanto mi fa piacere incontrarlo, nel mio ultimo anno di insegnamento, in queste stesse aule di via Balbi 5, dove nel mio primo anno da studente di Legge (era esattamente il 1966/67) le sue lezioni di Istituzioni accesero in me il gusto, se non vogliamo dire la passione, del diritto privato.

Non racconto l'architettura e i contenuti del libro; lo ha già fatto molto bene Gianroberto Villa. Mi limito, per cominciare, a dire che è un libro molto bello. Mi rendo conto che detto così è un giudizio apodittico, ma ne sono tanto convinto che non mi imbarazza enunciarlo senza sentirmi gravato da un onere di motivazione.

Così come è un bel libro *Il contratto: inadempimento e rimedi*, del 2010. Le due opere non riesco a non vederle collegate: insieme formano ai miei occhi una rappresentazione complessiva e coerente dell'intera materia dei danni e dei risarcimenti, di cui farei fatica a trovare l'uguale nella nostra letteratura.

Al di là di questo giudizio, propongo solo alcune riflessioni sparse.

2. – Parto dalle funzioni della responsabilità civile, cui Trimarchi dedica poche ma molto intense pagine nel capitolo di apertura del libro. E cerco di spiegare perché le trovo molto significative.

Prima però mi piace dire una cosa riferita non al libro che oggi presentiamo, ma al precedente libro su inadempimento e rimedi contrattuali, appena ricordato.

Ed è questa. Mentre tutte le trattazioni della responsabilità extracontrattuale discutono ampiamente le sue funzioni, praticamente nessuno – fra coloro che si occupano di responsabilità contrattuale, e anche fra quelli che ne trattano con ampia visione sistematica – si preoccupa di indagare quali siano le *policies* generali sottese al sistema delle regole sull'inattuazione dei contratti. Nessuno a parte Trimarchi, l'unico che ne parla, individuando le funzioni di quel sistema di regole: da un lato, nella produzione di incentivi a che ciascuna delle parti coinvolte – primariamente il debitore, ma anche per certi aspetti il creditore (e questa sottolineatura segna

* Parole pronunciate durante la presentazione del libro di P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017 (Università di Genova, 7 novembre 2017).

un'originalità del pensiero di Trimarchi) – impieghi per l'attuazione del programma contrattuale l'impegno diligente che meglio corrisponde a criteri di efficienza; e dall'altro lato, nel ripartire fra le parti in modo efficiente i rischi della mancata attuazione del programma per eventi ad esse non imputabili.

Di questo mi pare il caso di dargli atto.

3. – Ma torniamo alla responsabilità extracontrattuale, oggetto del libro che qui presentiamo.

Come dicevo, tutti parlano delle sue funzioni: ma generalmente ne parlano in un modo che, confrontato a quello di Trimarchi, mi sembra alquanto riduttivo perché spesso irrigidito su due dogmi, su due "idee ricevute": prima di tutto il dominio della funzione compensativa, che tende a essere assolutizzata come segno principale se non esclusivo della modernità dell'istituto (prevalente attenzione alla vittima, spostamento del focus "dal danneggiante al danneggiato"), con conseguente marginalizzazione della funzione preventiva, centrata invece sull'agente; e poi l'assunto che, nella (piccola) misura in cui debba darsi spazio alla funzione preventiva, questa non possa affidarsi se non alla colpa come criterio di imputazione della responsabilità, mentre la responsabilità oggettiva sarebbe tutta piegata sulla funzione di compensare il danneggiato.

Ebbene, rispetto a entrambe le idee Trimarchi va in decisa controtendenza.

Trimarchi ha per la funzione preventiva della responsabilità civile una grande simpatia, molto più marcata di quella che anima la generalità degli interpreti; e tende a valorizzarla fortemente. Ricordo ancora la formula – una di quelle formule secche e illuminanti, di cui è maestro – con cui ce la presentava nelle lezioni istituzionali degli anni '60: il risarcimento elimina il danno dal punto di vista (soggettivo) della vittima; ma non lo elimina dal punto di vista (oggettivo) della società nel suo insieme, che continua a soffrire per la risorsa distrutta. Per proteggere l'interesse della società alla conservazione delle risorse è dunque essenziale la funzione preventiva.

Poi Trimarchi ha speciale simpatia per la responsabilità oggettiva: e non c'è bisogno di spiegare da dove si desume.

Orbene: combinando queste due simpatie, ecco che Trimarchi teorizza in modo convincente che non solo la responsabilità per colpa, ma anche la responsabilità oggettiva svolge una preziosa funzione di prevenzione dei danni. Distaccandosi, anche su questo, dal pensiero civilistico corrente. L'unico, forse, che lo segue è Monateri (non per caso accomunato a Trimarchi dalla propensione a guardare alla responsabilità civile attraverso le lenti dell'analisi economica del diritto).

4. – Dicevo che la responsabilità oggettiva è la pupilla degli occhi di Trimarchi.

Per questo mi piacerebbe molto sapere se il Nostro condivide un'impressione che mi sono fatto, circa la posizione della responsabilità senza colpa nella dinamica attuale del nostro siste-

ma giuridico – vorrei dire circa il suo "stato di salute" (dico e sottolineo "impressione", perché alla base di essa non c'è nulla che assomigli a un'analisi estesa e approfondita dei dati rilevanti).

La mia impressione è che oggi la "salute" della responsabilità oggettiva non sia ottima, o quanto meno non sia così buona come sarebbe potuta essere alla luce dello scenario tanto promettente degli '60 e '70 del secolo scorso; che dopo quella stagione felice – la stagione delle seminali monografie di Trimarchi e di Rodotà, la stagione della scoperta della responsabilità del produttore – la responsabilità oggettiva abbia conosciuto un certo declino o appannamento, e sia entrata un po' in un cono d'ombra.

Ricavo questa "impressione" da elementi (più "impressionistici", appunto, che compiutamente raccolti e organicamente mediatati) suscettibili di cogliersi su vari piani.

5. – In primo luogo sul piano delle elaborazioni dottrinali.

Ho appena ricordato i due grandi libri degli anni '60: quello di Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* (1960), che svela in Italia il mondo, fino ad allora sostanzialmente sconosciuto, della responsabilità senza colpa e delle sue ragioni di razionalità economica e sociale; e quello di Rodotà, *Il problema della responsabilità civile* (1964), che scalza la colpa dal suo storico piedistallo affermando la pari dignità degli altri criteri di imputazione della responsabilità, e in particolare di quello che Trimarchi chiama "rischio lecito".

Si può pensare che partendo da una base così promettente, e sviluppando la felice distinzione fra attività "biologiche" e attività "economiche" (prezioso retaggio di una filiera scientifica che parte da Venezian, passa per Pacchioni e si perfeziona nel pensiero di Trimarchi), si sarebbe potuti andare oltre. E cioè costruire, con il lavoro scientifico degli anni o decenni successivi, un più compiuto e articolato "statuto" della responsabilità derivante dall'esercizio di attività economiche organizzate (quelle che definiscono il terreno privilegiato della responsabilità oggettiva): costruire, in parole più brevi, una statuto della "responsabilità civile di impresa".

Questo è accaduto nel campo del contratto: dove almeno a partire dagli anni '80 e '90, i "contratti d'impresa" sono stati materia di ampie e impegnate discussioni, riflessioni, elaborazioni tese a organizzarli in una significativa categoria, e delineare i possibili contenuti di un loro specifico statuto normativo.

Nulla di simile è accaduto – mi pare – nel campo della responsabilità civile. E ne indico un segno. Nel 2004 si è svolto a Bologna, per celebrare i 30 anni di "Giurisprudenza commerciale", un convegno dedicato al tema della "Responsabilità dell'impresa". Ebbene, fra le dodici relazioni del convegno solo due – quella di Vincenzo Buonocore e quella di Mario Libertini (quest'ultima peraltro chiusa nella prospettiva molto specifica della responsabilità ambientale) – avevano a che fare con la responsabilità civile dell'impresa, nel senso in cui ne stiamo parlando qui. Tutte le altre parlavano d'altro. E sostanzialmente parlavano d'altro anche le conclusioni di quel convegno sulla "Responsabilità dell'impresa", pure affidate a un maestro del diritto civile come Pietro Rescigno.

6. – Colgo qualche segno di declino della responsabilità oggettiva anche in giurisprudenza.

Per esempio in una sentenza come Cass. n. 18262/2007, in tema di mobbing orizzontale. La questione era se del danno subito dal dipendente per il mobbing esercitato contro di lui da altro dipendente sia responsabile (oltre ovviamente all'autore dell'illecito) anche il datore di lavoro di entrambi. La Cassazione risponde di sì, e precisa il titolo: "*per non essersi attivato per la cessazione dei comportamenti scorretti*", ovvero per colpa (omissiva). Ma questo significa dimenticare la regola regina in materia di responsabilità oggettiva, e cioè l'art. 2049 c.c.: per la quale il datore di lavoro risponde dell'illecito del dipendente (nella fattispecie, dell'autore del mobbing) a prescindere da qualunque sua colpa!

Per onestà devo dire che non so se si tratti di pronuncia isolata o invece espressiva di un orientamento più corposo. Certo è che una così plateale obliterazione della regola di responsabilità oggettiva non manca di impressionare.

7. – Che dire della legislazione? Vedo anche qui tracce di una rimonta della colpa rispetto ai modelli di responsabilità oggettiva, pure in settori di genere "economico" molto più che "biologico".

Per esempio nel campo della proprietà intellettuale: la nuova disciplina dei rimedi risarcitori e inibitori per la violazione dei diritti di proprietà industriale e di autore (introdotta in base alla direttiva europea c.d. *enforcement* n. 48/2004) mi pare presieduta dal criterio della colpa.

E poi, ancora più marcatamente, in tema di danno ambientale. La norma originaria (art. 18 legge 349/1986) delineava senza dubbio una responsabilità per colpa. Poi il quadro normativo è mutato, per il sopravvenire della direttiva europea n. 2004/35, dove il criterio d'imputazione standard è un criterio generale di responsabilità oggettiva (art. 8.3), e gli Stati membri sono solo facoltizzati a introdurre il criterio della colpa esclusivamente con riguardo alle marginalissime ipotesi tipizzate all'art. 8.4. Ebbene, il legislatore italiano ha trasposto la direttiva (con apposite modifiche al codice dell'ambiente) in modo alquanto creativo, e – si direbbe – tributario di un inconfessato *penchant* per la colpa: perché se gli artt. 300-308 del codice riproducono in termini quasi letterali la disciplina comunitaria, il nuovo art. 311 introduce una parallela clausola generale di responsabilità ambientale per colpa, della quale nella direttiva non c'è traccia.

8. – Osservo – sempre procedendo per linee grossolane – che se gli sviluppi appena riferiti parlano di una espansione della responsabilità per colpa e di una parallela contrazione della responsabilità oggettiva, una tendenza di segno opposto si registra forse nel settore della responsabilità pubblica (dello Stato e delle pubbliche amministrazioni), segnatamente per l'espandersi dell'area della c.d. "responsabilità" per atto lecito.

Parlo delle fattispecie in cui, a fronte di un atto della P.A. che rechi pregiudizio a un privato, a quest'ultimo è riconosciuta una compensazione monetaria a titolo, se non di risarcimento, di

"indennizzo" o "indennità", anche se l'atto pregiudizievole non sia né illegittimo né illecito, e dunque nulla possa rimproverarsi all'ente purtuttavia tenuto "responsabile" (un po' come nulla può soggettivamente rimproverarsi a chi, nelle classiche ipotesi responsabilità oggettiva, sia chiamato a rispondere per "rischio lecito").

Faccio questo richiamo soprattutto per assecondare un flusso di memoria. La struttura delle fattispecie appena richiamate è infatti singolarmente sovrapponibile al paradigma proposto da una norma del codice civile, e cioè dall'art. 844 in tema di immissioni: e io credo di sapere che si tratta di norma cara a Trimarchi, perché ricordo l'intensità con cui – nelle lezioni di privato – richiamava la nostra attenzione su questo schema normativo di "responsabilità".

9. – Mentre un po' si attenua (se è vero che si attenua…) la spinta propulsiva della responsabilità oggettiva, di certo sta conquistando spazio la funzione preventiva della responsabilità civile, affidata soprattutto alla deterrenza esercitata dal timore del carico risarcitorio: e quale deterrenza più forte della minaccia di un carico risarcitorio che non si contiene nel limite del danno effettivamente subito dalla vittima, ma va oltre al fine di punire l'autore dell'illecito?

Stiamo parlando, evidentemente, di danni punitivi. E allora è inevitabile un cenno alla recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 16601/2017, di cui peraltro ha già riferito Gianroberto Villa.

10. − Generalmente questa sentenza viene rappresentata come una sentenza che "apre" ai danni punitivi. Rappresentazione, a mio avviso, clamorosamente sbagliata. Secondo me (e vedo che Villa è d'accordo) questa sentenza piuttosto "chiude" ai danni punitivi nel nostro sistema: sottoponendoli a un rigoroso regime di tipicità legislativa (desunto dal baluardo costituzionale dell'art. 23 Cost.), e così escludendo qualsiasi potere creativo del giudice, capace di dare ingresso a un "*incontrollato soggettivismo giudiziario*" che deve assolutamente evitarsi.

Musica – immagino – per le orecchie di Trimarchi: che a sua volta è molto netto nell'avversare, in generale, la possibilità di risarcimenti che per il fine di punire l'agente eccedano il *quantum* del danno sofferto dalla vittima. Ma esprimendo siffatta posizione, egli viene a confliggere con una *communis opinio* largamente orientata a favore di un più esteso riconoscimento dei danni punitivi "all'americana".

Per quanto può valere, anche io approvo in questa materia una linea di grande rigore, e di cautela contro derive risarcitorie poco sorvegliate. Non posso tuttavia fare a meno di domandarmi se la sentenza delle Sezioni Unite non esprima per avventura un eccesso di rigore, capace di introdurre nel sistema qualche elemento di incoerenza o squilibrio.

11. − Ricordiamo che oggetto specifico della pronuncia è la riconoscibilità nell'ordinamento

italiano (e dunque la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale ex art. 64 legge n. 218/1995) di una sentenza straniera recante condanna a titolo di danni punitivi. Bene, la Cassazione indica i requisiti che condizionano siffatta riconoscibilità.

Il primo requisito esprime nella sostanza una riserva di legge: occorre che nell'ordinamento straniero *a quo* esista "*una legge o simile fonte*" che preveda, per la fattispecie sotto scrutinio, una "*condanna a risarcimenti punitivi*". È lo stesso requisito a cui la Cassazione subordina l'ammissibilità dei danni punitivi nel diritto interno. In linea di principio niente da dire, salvo rilevare una certa indeterminatezza del riferimento a (legge o) "*simile fonte*": cui dovranno darsi contenuti più precisi quando si abbia a che fare con ordinamenti a diritto non "legislativo" (o non esclusivamente "legislativo"), come quelli di *common law*.

Non basta. Perché la norma (posta da "*legge o simile fonte*") deve presentare i tre requisiti che Villa ha richiamato: tipicità (ovvero "*precisa perimetrazione delle fattispecie*" di danni punitivi accordabili); prevedibilità (e cioè "*puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne*"); e infine proporzionalità, nel senso di una equilibrata correlazione del risarcimento punitivo sia con la misura del "*risarcimento riparatorio-compensativo*" sia con "*la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione*". E qui – se questi requisiti sono presi alla lettera, o comunque intesi rigorosamente – rischia di sorgere qualche problema. Come può ricavarsi da un esempio.

Da noi, la parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave può essere condannata – ex art. 96, comma 1 c.p.c. – "*al risarcimento dei danni*", che si configurano senz'altro come danni punitivi. Immaginiamo che una norma di identico tenore letterale esista in un ordinamento straniero, e che sulla base di essa il giudice straniero emetta una sentenza di condanna. Ebbene, si dovrebbe temere che la sentenza sia dichiarata non riconoscibile nell'ordinamento italiano, per difetto di alcuni almeno dei requisiti prescritti dalla Cassazione: forse anche la proporzionalità, mancando nel testo dell'art. 96, comma 1 c.c. le specifiche correlazioni richieste; in ogni caso certamente la prevedibilità, perché il testo normativo in oggetto non contiene alcun limite quantitativo della condanna.

Con l'imbarazzante conseguenza che nel sistema avrebbe cittadinanza una sentenza domestica basata sull'art. 96, comma 1 c.p.c., mentre non vi troverebbe spazio una sentenza straniera emessa in applicazione di una norma (straniera) di tenore assolutamente identico. Con un paradossale rovesciamento del rapporto fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale: quest'ultimo, normalmente concepito a maglie più larghe del primo, verrebbe qui disegnato a maglie più strette e serrate.

12. – È tempo di concludere.

Si è visto su quanti punti – e quanto essenziali – il pensiero di Trimarchi si distacchi dal pensiero corrente fra coloro che si occupano di responsabilità civile extracontrattuale. E tanti altri punti potrebbero ricordarsi (uno soltanto: la dottrina del "contatto sociale" come fonte di

responsabilità, oggetto del caldo entusiasmo di gran parte della dottrina e della giurisprudenza, ma da cui Trimarchi prende le distanze con poche gelide parole).

Alla luce di questo, non sarebbe improprio pensare all'itinerario scientifico di Pietro Trimarchi nei territori della responsabilità civile come a un itinerario di solitudine – mi verrebbe da dire di orgogliosa solitudine. Ma forse può dirsi meglio: e parlare della sua riluttanza ad aderire in modo acritico al *mainstream* del tempo e dell'ambiente, in nome dell'irrinunciabile esercizio della ragione critica; di un rifiuto delle "vulgate" che si insediano irresistibilmente nel pensiero del medio cultore della responsabilità aquiliana, e vi si consolidano solo perché è più facile accettarle che metterle in discussione.

Questo vale soprattutto per la vulgata delle vulgate, quella che rischia di diventare la *Grundnorm* non scritta del sistema di responsabilità civile: l'idea che – in generale, e quasi "a prescindere" – più si risarcisce meglio è; che la disciplina della responsabilità sia tanto più avanzata e apprezzabile, tanto più moderna e progressiva, quanto più permette di espandere il complessivo "fatturato" dei risarcimenti contabilizzati nel sistema. Contro questa bulimia risarcitoria Trimarchi dice cose molto sagge. Contro la tendenza dominante a sponsorizzare un sistema di responsabilità ipertrofico, gonfiato indiscriminatamente di regole, categorie, figure (qualcuno ricorda il danno esistenziale?) votate ad accumulare il più possibile di sentenze di condanna, Trimarchi fa come il buono scultore evocato da Michelangelo: opera "*per via levare*" molto più che "*per via di porre*"; piuttosto che appesantire, alleggerisce.

Lasciatemi dire, con la modestia di chi è consapevole di non avere mai seriamente studiato la responsabilità civile, che personalmente sento grande consonanza con questa visione. E avevo provato a esprimerla in alcuni scritti tra fine del secolo scorso e inizi di questo (fra gli altri, in uno pubblicato nel 2002 e dotato di un titolo che non so quanto possa piacere a Trimarchi: *La responsabilità civile, e l'anima*). Sicché – e davvero concludo – se la posizione del Nostro è una posizione di solitudine, in questa solitudine gli faccio volentieri un po' di compagnia.

JUS CIVILE

CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Pavia

DOTTRINA DEI DOTTORI E DOTTRINA DELLE CORTI *

SOMMARIO: *1. La dottrina alla ricerca di conferme. – 2. La giurisprudenza guarda alla dottrina. – 3. La dottrina dialoga con la giurisprudenza. – 4. La dottrina della giurisprudenza.*

1. – Giusto un anno fa, a distanza di un mese l'uno dall'altro, si tenevano due distinti convegni: l'uno, a Camerino il 25-26 settembre sul tema: "*L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*" [1]; l'altro, presso l'Università Bocconi di Milano il 28 ottobre successivo sul tema: "*L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in tema della responsabilità civile*" [2].

Come mai – viene spontaneo chiedersi – scuole civilistiche diverse e distanti (non solo dal punto di vista geografico) hanno ritenuto, praticamente in contemporanea, di organizzare una riflessione a più voci sul medesimo tema, seppur riguardato nel prisma di due diversi istituti del diritto civile (il contratto e la responsabilità civile): quello dell'influenza della dottrina sulla giurisprudenza?

L'obiettivo dichiarato era quello di verificare se ancor oggi – e, in caso affermativo, in che misura – sopravvive la tradizionale influenza della dottrina sulla giurisprudenza; l'obiettivo non dichiarato, ma trasparente, era quello di riaffermare – come le relazioni degli interventori hanno poi puntualmente riaffermato – che ancor oggi tale influenza persiste.

Ma *perché* – questo è il punto – l'Accademia ha sentito la necessità di una siffatta conferma?

Premesso che – come osserva Rodolfo Sacco – "il teorico non ha altro potere all'infuori di quello che gli viene dalla capacità di persuadere" [3], si tratta di capire perché la dottrina senta *proprio oggi* la necessità di una conferma di tale suo "potere".

---

* Intervento svolto dall'Autore nell'ambito dell'incontro di studi organizzato presso la Suprema Corte di Cassazione il 15 dicembre 2016.

[1] I relativi atti sono oggi raccolti nel volume C. PERLINGERI e L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016.

[2] I relativi atti sono oggi raccolti in *Resp. civ. prev.,* 2015, pagg. 1768-1815.

[3] Così R. SACCO, voce *Dottrina (fonte del diritto)*, in *Digesto Discipline Privatistiche – sez. civile*, VII, Torino, 1991, p. 217.

2. – Necessità per nulla avvertita, ad esempio, negli anni della mia formazione universitaria.

Per il corso di "diritto civile", venni allora chiamato dal mio professore, Rodolfo Sacco, a cimentarmi con il volume di Giuseppe Stolfi "*Teoria del negozio giuridico*". E mi fu subito evidente che l'Autore dialogava, da un lato, con il legislatore (non solo – e spesso polemicamente – con quello del codice italiano del '42, ma anche con quello del primo codice italiano postunitario e con quello del *Code Napoléon*, quando non addirittura con quello dell'antica Roma) e, da altro lato, con la dottrina (non solo italiana, ma anche tedesca e francese, con non infrequenti richiami a giuristi dell'età intermedia, quando non addirittura di epoca romana). Pochissimi e del tutto marginali, nell'economia complessiva dell'opera, i rinvii alla giurisprudenza. Circostanza, quest'ultima, particolarmente significativa, se si ricorda la mole di note a sentenza prodotte, nell'arco della sua lunga attività scientifica, da Beppe Stolfi per le principali riviste di giurisprudenza dell'epoca (*Il Foro italiano, Giurisprudenza italiana, Temi emiliana, Rivista di diritto commerciale, Giurisprudenza completa della Cassazione civile, Foro padano*, ecc.) [4].

Impressione analoga dovevano peraltro ricavare anche i miei colleghi che, all'Università di Roma, erano chiamati a cimentarsi con le "*Dottrine generali del diritto civile*" o con "*La transazione*" di Francesco Santoro Passarelli, oppure con "*L'obbligazione*" o con "*L'inadempimento*" di Michele Giorgianni, ovvero ancora con i tre volumetti su "*La trascrizione*" di Rosario Nicolò.

Non diversa era – per fare qualche esempio soltanto – la sorte degli studenti della Cattolica di Milano alle prese con "*Gli acquisti «a non domino»*" di Luigi Mengoni, o quella degli studenti messinesi alle prese con le lezioni di Angelo Falzea, o quella degli studenti torinesi alle prese con uno dei corsi di diritto civile di Mario Allara.

Ovunque i riferimenti agli orientamenti giurisprudenziali, quando non del tutto assenti, erano scarsi numericamente e del tutto marginali rispetto al discorso sviluppato dall'Autore. Sicché lo studente (non solo quello destinato all'Accademia, ma anche quello destinato al Foro o alla Magistratura) ritraeva – netta – l'impressione che il diritto fosse quello dei dottori e che i giudici si limitassero a trasferire nella loro attività pratica quanto appreso dai dottori.

Il teorico – osserva ancora Rodolfo Sacco – "è, d'altronde, professore o autore di manuali, e ciò moltiplica le sue possibilità di incidere sul diritto applicato mediante la forza della persuasione. Un professore, e così l'autore di un manuale, ha presa sullo studente. Lo studente impara il diritto dal manuale e dalla voce del professore. È ridicola l'affermazione, correntemente ripetuta, secondo cui lo studente dell'area romanista impara il diritto sul codice; lo studente dell'area romanista impara il diritto quando prepara l'esame, e prepara l'esame sul libro di testo, dopo aver seguito (…) la lezione del professore. (…) E, una volta diventato giudice, lo studente di ieri desidererà applicare il diritto appreso sui banchi della scuola" [5].

---

[4] Molte di dette note si trovano oggi raccolte nel volume G. STOLFI, *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981.

[5] Così R. SACCO, *op. loc. cit.*

Fuori dal coro della manualistica accademica corrente si collocava, in pratica, un solo testo, apparso in successive fortunate edizioni a far tempo dal 1952: quello di Andrea Torrente, che – magistrato di Cassazione – infarciva le sue celeberrime note a piè di pagina con richiami non solo di dottrina, ma anche e soprattutto di giurisprudenza, così dischiudendo al discente un orizzonte tanto inconsueto quanto apprezzato (specie da chi si accingeva ad affrontare esami e concorsi per l'accesso alle professioni legali). L'"eccentricità" del manuale di Torrente doveva peraltro subire una battuta d'arresto nel 1969, quando – dopo la scomparsa dell'Autore – Piero Schlesinger, chiamato a curare le successive edizioni dell'opera, eliminava radicalmente le note a piè di pagina e, con esse, i tanto rimpianti richiami giurisprudenziali (peraltro sovente recuperandone tacitamente il contenuto nel testo).

Nel 1980 – nel rapporto nazionale italiano presentato ad un incontro fiorentino dell'Associazione Henri Capitant – Antonio Gambaro poteva ancora affermare che "i rapporti tra dottrina e giurisprudenza (…) sono improntati ad un certo imperialismo da parte della prima nei confronti della seconda" [6]: "la dottrina civilistica è stata foriera di un numero rilevantissimo di proposte di interpretazione evolutiva. Conseguentemente la creazione di nuove regole giuridiche da parte delle corti e specialmente da parte della Corte di Cassazione si è spesso presentata nella veste, dimessa, di un adeguamento giurisprudenziale ad un insegnamento già a lungo propagandato in scritti teorici. I più clamorosi *revirements* giurisprudenziali degli ultimi anni sono stati salutati dagli scrittori con l'evidente soddisfazione di chi vedeva recepita una propria affermazione" [7]. E così concludeva: "al momento attuale, nel campo del diritto civile, l'opera degli scrittori gode ancora di un prestigio maggiore di quello dei giudici. Nell'esperienza italiana infatti non constano casi di indirizzi giurisprudenziali, per quanto radicati essi siano, che abbiano resistito alle critiche reiterate di una dottrina compatta" [8].

3. – Ma i tempi per un diverso rapporto tra dottrina e giurisprudenza andavano rapidamente maturando.

Osservava Giorgio Cian nell'introdurre, nel 1988, un celebre convegno veneziano [9], che aveva chiamato la civilistica italiana ad interrogarsi su "quale possa essere la funzione della (…) dottrina nel più ampio quadro dei caratteri che il fenomeno giuridico ha assunto nel nostro tempo in generale e, in particolare, nel settore privato della vita sociale" [10]: "mai come in questi ul-

---

[6] Così A. GAMBARO, *Le reazioni della dottrina civilistica italiana alla creazione del diritto da parte dei giudici*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, II, Milano, 1981, p. 167.

[7] Così A. GAMBARO, *op. cit.,* p. 170.

[8] Così ancora A. GAMBARO, *op. cit.,* p. 172.

[9] I relativi atti sono raccolti nel volume *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative,* Padova, 1991.

[10] Così G. CIAN, *Il diritto civile come diritto privato comune (Ruolo e prospettive della civilista italiana alla fine del XX secolo*), in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative,* cit., p. 11.

timi decenni la giurisprudenza è sembrata volersi collocare al centro dell'intera realtà giuridica e quasi rivendicare per sé – con consenso anche di non piccola parte della dottrina – il ruolo di chi è chiamato a fissare in definitiva la vera *regula iuris*, sovente *praeter legem*, talvolta, in certi campi e in determinati momenti particolarmente cruciali del conflitto sociale, addirittura – almeno è parso – *contra legem.* Al giudice, alle sue pronunce – si è detto abbastanza di frequente – bisogna guardare come alla fonte del vero diritto, cioè del diritto considerato in termini di effettività" [11].

Tutto ciò rende ragione dell'attenzione di cui l'elaborazione giurisprudenziale è stata progressivamente oggetto da parte della dottrina.

Già nel 1963 aveva preso avvio la collana "*Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*" diretta da Mario Rotondi; "*Raccolta*" che – sviluppatasi per lunghi anni attraverso una cospicua serie di volumi curati soprattutto da magistrati ed avvocati – doveva incontrare tanto successo sul piano commerciale, quanto poca considerazione presso i dottori.

Diversa la sorte arrisa, nei decenni successivi, alla fortunata collana genovese "*Casi e questioni di diritto privato*" a cura di Mario Bessone, nata nell'Accademia e destinata soprattutto all'insegnamento universitario. Ad essa collaborarono nomi che sarebbero ben presto divenuti – quando già non lo erano – autorevoli nel panorama della dottrina italiana: da Guido Alpa ad Enzo Roppo, da Gilda Ferrando ad Andrea Fusaro, da Andrea d'Angelo e Vincenzo Zeno Zencovich, da Marco Comporti ad Antonio Gambaro, da Bruno Inzitari ad Adolfo di Majo, da Salvatore Patti ad Enrico Gabrielli, da Cesare Massimo Bianca a Michele Sesta, da Enrico Quadri a Giovanni Bonilini, da Giovanni Iudica a Vincenzo Scalisi, ecc. La collana, destinata ad affiancare i manuali tradizionali, voleva fornire – per il tramite di una raccolta organizzata di "materiali", soprattutto giurisprudenziali – risposta all'ansia di svecchiamento dell'insegnamento universitario esplosa dopo il '68.

Nel 1985, infine, vedeva la luce una nuova rivista – "*Contratto e impresa*" – che recava il significativo sottotitolo "*Dialoghi con la giurisprudenza civile commerciale*". Il saggio di apertura portava la firma prestigiosa del suo direttore, Francesco Galgano, e recava un titolo non meno significativo: "*Giurisprudenza e giurisdizione in materia civile*", in cui, tra gli altri, veniva affrontato *ex professo* l'interrogativo: "in quale misura il giudice è mero applicatore del diritto al caso concreto, essendo chiamato solo a pronunciarsi sulla ricorrenza, nel caso di specie sottoposto al suo giudizio, dei presupposti di fatto di applicazione della legge; in quale misura, all'opposto, il giudice chiamato a risolvere un problema cui la legge non dà risposta e, dunque, a porre egli stesso la regola di diritto alla stregua della quale dirimere la controversia sottoposta al suo giudizio"? [12]

Due anni più tardi – nel 1987 – prendeva avvio, sempre diretta da Francesco Galgano, la collana "*I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*". Rispetto alla "*Raccolta*

---

[11] Così G. CIAN, *op. cit.* p. 15.

[12] Così F. GALGANO, *Giurisprudenza e giurisdizione in materia civile*, in *Contr. e impresa*, 1985, p. 32.

sistematica" di Rotondi, la novità più evidente era che i vari volumi portavano la firma non già di pratici del diritto (magistrati o avvocati che fossero), ma di esponenti dell'Accademia: i primi contributi recano, infatti, quelle di Giovanna Visintini, dello stesso Francesco Galgano, di Massimo Franzoni, di Luca Nanni, di Rossella Cavallo Borgia, di Michele Sesta, ecc.

A questo punto, la giurisprudenza aveva cessato di essere una "riserva" per pratici.

Come osserva Francesco Donato Busnelli, "si affermava definitivamente una dottrina capace di dialogare con la giurisprudenza e – si noti – di *dirigerne* il dialogo" [13]

4. – Proprio questo è il punto: *oggi*, sono ancora i dottori a *"dirigere"* il dialogo con la giurisprudenza?

Si è soliti rilevare che "nei sistemi di civil law (…) la dottrina ha da sempre rivendicato per sé un ruolo di preminenza. Essa è stata storicamente chiamata (e ha comunque aspirato) alla missione cruciale di presiedere alla formazione delle basi dell'ordinamento (…); e si è altresì incaricata di garantire la tenuta dogmatica del sistema (…), che di quell'ordinamento avrebbe dovuto rappresentare l'essenza. Era la dottrina a metabolizzare le novità, a collocarle armonicamente, per quanto possibile, all'interno delle coordinate di riferimento e a spianare la via alla loro ordinata recezione; e sempre la dottrina indicava la via da battere per propiziare la migliore risposta (…) della giurisprudenza pratica alla domanda di giustizia che si leva dal tessuto sociale" [14].

Oggi però – cadute le lusinghe e le rassicuranti suggestioni dell'interpretazione dogmatica – la dottrina stenta a ritrovare una propria identità: "la scienza privatistica – osserva Carlo Castronovo – ha perduto le sue certezze" [15].

Di contro, il panorama giurisprudenziale evidenzia due novità di rilievo: da un lato, le Corti – per il concorso di una serie di circostanze che qui non è neppure il caso di accennare [16] – hanno fatto registrare un vero e proprio "salto di qualità" in quel ruolo creativo del diritto, che peraltro avevano, in concreto, sempre esercitato; e, da altro lato, hanno superato la propria tradizionale ritrosia a manifestare questo loro ruolo, anzi spesso rivendicandone orgogliosamente la centralità.

Da qui alle sentenze dallo "stile inutilmente «dottorale»" [17] – quando non addirittura alle c.d. "sentenze trattato" – il passo è breve.

---

[13] Così F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al* revirement *della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1527 (corsivo aggiunto).

[14] Così M. GRANIERI e R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 247 s.

[15] Così C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto*, Milano, 2015, p. 15.

[16] Per una prima indicazione al riguardo, cfr. il mio intervento "*La giurisprudenza è fonte del diritto?": introduzione ad un incontro di studi*, in *Jus civile*, 2016, pagg. 408 ss.

[17] Sono parole di F. D. BUSNELLI, *op. loc. cit.*

"La giurisprudenza – sintetizza emblematicamente Francesco Donato Busnelli – si fa dottrina" [18].

Quella dottrina che il titolo di un saggio, pubblicato su *Il Foro italiano* a firma di un autorevole magistrato della Suprema Corte, definisce come "la *dottrina delle corti*" [19]: "la motivazione della decisione – egli rileva – ha finito con l'assumere anche un carattere ulteriore a quello, che comunque conserva, di supporto alla decisione: il carattere autonomo di dottrina" [20]. E – prosegue – "la c.d. «dottrina» di una Corte (…) oggettivamente è affermazione autoritativa come il deciso (…). Diventa qualcosa di sconosciuto alla libertà di pensiero", tipica invece della dottrina accademica che, come già ricordato, trova la sua legittimazione solo ed esclusivamente nella propria capacità di persuadere; "diviene *dottrina forte*. Se viene da una Corte suprema, diventa storicamente, politicamente, *dottrina normativa*" [21].

E la "dottrina dei dottori"?

"La dottrina – si rileva – sempre più tentata dalla suggestione di muoversi sul piano dell'esperienza professionale, sembra propensa a dismettere ambizioni di grande respiro e a raccogliere la sfida della metabolizzazione dell'incedere giurisprudenziale" [22]: incedere nei cui confronti viene, da più parti, accusata di mostrarsi "compiacente" [23], o "remissiva" [24], o di svolgere il "ruolo di «*amicus curiae*»" [25].

Al punto che comincia a serpeggiare un interrogativo inquietante: "*ma i tre signori del diritto* – magistratura, legislatore, accademia – *sono rimasti in due?*" [26].

Tutto ciò rende ragione del perché – tornando all'inizio del nostro discorso – l'accademia senta *oggi*, prepotente, il bisogno di interrogarsi sull'"influenza della dottrina sulla giurisprudenza".

ABSTRACT

The renewed interest in the issue of whether legal doctrine continues to influence case law seems to be

---

[18] Così F. D. BUSNELLI, *op. cit.,* pagg. 1527 e 1529.

[19] G. M. BERRUTI I, *La dottrina delle corti,* in *Foro it*., 2013, V, c. 181 ss. (corsivo aggiunto).

[20] G. M. BERRUTI, *op.cit.,* c. 182.

[21] G. M. BERRUTI, *op. loc. ult. cit.* (corsivi aggiunti).

[22] Così M. GRANIERI e R. PARDOLESI, *op. cit.,* c. 248.

[23] L'espressione è di V. ROPPO, *Causa concreta: una soluzione di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.,* 2013, p. 957 ss.

[24] L'espressione è da C. CASTRONOVO utilizzata per titolare il secondo capitolo del suo volume *Eclissi del diritto*, cit.

[25] Sono parole di R. PARDOLESI e M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi,* in *Foro it.*, 2013, V, c. 188.

[26] Così suona il titolo di un recente saggio, a firma M. GRANIERI e R. PARDOLESI, pubblicato in *Foro it.*, 2012, V, c. 247 ss.

rooted in the doubt of not being actually able to determine the evolution of case law any longer: are still the scholars – this is the question – those who direct the dialogue with the courts?

The overcoming of the so-called dogmatic method seems to have led legal doctrine to lose its certainties and to have made it abandon its large-scale ambitions. Conversely, an array of different but concurring circumstances seems to have led the courts to achieve a significant improvement in their role as a source of "*living law*" and to become aware of such a role and sometimes even claim it proudly.

JUS CIVILE

Roberto Senigaglia

Professore ordinario di diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

CONSIDERAZIONI CRITICO-RICOSTRUTTIVE SU ALCUNE IMPLICAZIONI CIVILISTICHE DELLA DISCIPLINA SULLA PROTEZIONE DEI MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI

SOMMARIO: *1. La tutela del minore straniero non accompagnato tra mezzi di protezione e procedura speciale. – 2. Il colloquio col minore nella dimensione funzionale del diritto all'ascolto. – 3.* Segue*. Determinazione dell'età, obblighi di informazione e capacità di discernimento. – 4. Effettività della tutela tra questioni semiotiche e di senso. Il riferimento al soggetto esercente la responsabilità genitoriale. – 5.* Segue*. Altri adempimenti dell'esercente la responsabilità genitoriale e principio di immediatezza.*

1. – La legge 7 aprile 2017, n. 47 (c.d. legge Zampa), contenente disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, pone al civilista il problema del coordinamento con i principi e le categorie che sottendono la disciplina generale dei mezzi di protezione del fanciullo [1] che versa in una situazione di disagio, specialmente per il difetto di rigore sistematico sovente ravvisabile [2].

Infatti, pur trattandosi di un intervento normativo ad alto impatto politico – considerato il complesso fenomeno migratorio di massa, che sta ormai da tempo interessando l'Europa mediterranea [3] – il lessico giuridico e la tecnica normativa utilizzata suscitano un certo disorientamento, che si ripercuote, inevitabilmente, nel momento applicativo, quando lo specifico regime di tutela, rivolto a soggetti particolarmente vulnerabili [4], dovrebbe connotarsi per la massima effettività [5]. Le tortuosità procedurali, esasperate da un uso improprio di talune categorie dogmati-

---

[1] Con tale termine ci si riferisce al concetto delineato dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. L'art. 1 della Convenzione dispone che per fanciullo si intende «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciott'anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile».

[2] Su tale profilo problematico si rinvia a L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1996, 3 ss.. V. inoltre C. CASCONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Dir. imm.. citt.*, 2017, 4.

[3] Cfr. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, Piacenza, 2017, 9 ss.

[4] Alle "persone vulnerabili" si riferiva già l'art. 17, comma 1, d. lgs. n. 142/2015.

[5] Sul tema dell'effettività si rinvia a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, 44 ss.; P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, *passim*; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1964, *passim*; G. GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; A. FALZEA, *Effettività del diritto europeo*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cu-

che e da un articolato – il quale in parte novella testi normativi già vigenti e in parte va a istituire un autonomo gruppo di regole – non sempre capace di coordinarsi con la disciplina già vigente, rischia di inceppare l'espletamento delle procedure e dunque l'efficacia delle soluzioni che la politica ha voluto individuare per lo specifico ambito problematico. Il *tempo*, che scandisce i diversi adempimenti procedurali, deve essere sollecito, giacché ogni irragionevole ritardo nell'individuazione della misura di protezione definitiva, fosse anche dettato dal persistere di dubbi interpretativi dovuti a fallacie semantiche [6], comporta inevitabilmente un pregiudizio per il minore interessato.

Riprendendo nozioni già fissate in precedenti atti normativi, anche europei [7], per minore straniero non accompagnato – al quale si rivolge la l. n. 47/2017 – si intende «il minorenne non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea, che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano».

Rispetto alla vasta gamma dei mezzi di protezione conosciuti dal nostro ordinamento per far fronte alle situazioni di disagio minorile, i minori stranieri non accompagnati – a prescindere da qualsivoglia distinzione [8] –, proprio in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità, sono ora posti sullo stesso piano degli infradiciottenni italiani o europei, sia con riferimento alle misure di carattere provvisorio, sia con riguardo a quelle definitive.

Tant'è che una delle modifiche apportate dalla l. n. 47/2017 ha inciso proprio sull'estremo mezzo di protezione, avente appunto carattere definitivo, vale a dire sull'adozione, facendo ve-

---

ra di N. LIPARI, Napoli, 1998, 18 ss.; A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009, *passim*; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, *passim*; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2010, 170 ss.; P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 34 ss.; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 688 ss.

[6] Si veda, in particolare, N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 342 ss.; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, 93 ss.; A. GENTILI, *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, in *Pol. dir.*, 2008, 461 ss.; S. ZORZETTO, *Senso comune, istituzioni linguistiche e argomenti giuridici*, in *Diritto e linguaggio. Il prestito semantico tra lingue naturali e diritti vigenti in una prospettiva filosofico e imformatico-giuridica*, Pisa, 2015, 95 ss.

[7] Ci si riferisce alla Risoluzione n. 97/C221/03 del Consiglio del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati cittadini di Paesi terzi; all'art. 1, comma 2, del D.P.C.M. 9 dicembre 1999, n. 535, Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'art. 33, commi 2 e 2 *bis* del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286; all'art. 1, par. 1, lett. l), della Dir. 2011/95/UE del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; all'art. 2, comma 1, lett. e, d. lgs. 142/2015, che ha trasposto la Dir. 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e la Dir. 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale

[8] Vi rientrano, quindi, anche i richiedenti asilo politico; cfr. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, cit., 11. V. anche A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, IV ed., a cura di L. FADIGA, Bologna, 2012, 79 ss.

nir meno il divieto di ingresso (disposto dall'art. 33, comma 1, l. n. 184/1983) nello Stato di minorenni sprovvisti del visto rilasciato ai sensi dell'art. 32, ai fini dell'adozione internazionale, ovvero non accompagnati dai genitori o da parenti entro il quarto grado [9].

Ora, invece, anche questi bambini devono essere accolti e resi destinatari dei mezzi di protezione gradualmente disposti dalla legge dello Stato italiano, in base al principio, senz'altro coerente con quello della tutela del superiore interesse del minore [10], secondo il quale «in nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di un minore non accompagnato», espresso a chiare lettere dal comma 1 *bis* dell'art. 19, d. lgs. n. 286/1998 (testo unico sull'immigrazione), inserito dall'art. 3 della l. n. 47/2017 [11]. Un principio, questo, che afferma la prevalenza della tutela dell'interesse del minore sull'interesse generale alla sicurezza alla frontiera [12]. Pertanto, come già previsto dall'art. 37 *bis* della l. n. 184/1983, questi fanciulli, qualora il giudice minorile ne ravvisi i presupposti, possono essere destinatari di un provvedimento di affidamento o di adozione da prendersi in base alla legge italiana [13].

---

[9] Si veda L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 4, *Persone e famiglia*, t. III, II ed., Torino, 1997, 295 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003, 39 ss.; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione, adozione, alimenti,* in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, IV, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2011, 504 ss.; L. FADIGA, *L'adozione internazionale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, II ed., Milano, 2012, 1111 ss.

[10] Su tale principio, ci limitiamo soltanto ad alcuni rinvii: P. RONFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?* in *Soc. dir.*, 1997, 47 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali,* in *Pol. dir.*, 1998, 167; P. ZATTI, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl. 3, 1 ss.; R. SENIGAGLIA, Status filiationis *e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, 34 ss.; G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 72 ss.; A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, in C. FRATEA e I. QUARANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, 67; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.; M. SESTA, *Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa*, in M. SESTA e A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da F. MESSINEO, A. CICU, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia*, III, Milano, 2016, 85 ss.

[11] Tale divieto si accompagna a quello di espulsione, già previsto dall'art. 19, comma 1° T.U. sull'immigrazione. In dottrina si è chiarito che «il respingimento alla frontiera si distingue dall'espulsione per la sua non durevolezza e per il fatto di essere emesso nel momento dell'attraversamento al valico di frontiera o in un momento immediatamente successivo (art. 10 T.U. immigr.)», così A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1304.

[12] A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 59; C. CASCONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, cit., 8.

[13] Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Adozione internazionale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 37-38; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 509 ss., il quale precisa che la norma si riferisce non soltanto ai minori stranieri in adozione «ma più ampiamente a tutti quelli comunque in stato di abbandono. Le fattispecie sono assai differenziate: il fallimento dell'affidamento preadottivo che è esplicitamente indicato dalla norma, ma pure l'ingresso in Italia di minore, con persone sfornite di dichiarazione di idoneità o che abbiano effettuato un falso riconoscimento, o comunque di fanciullo straniero, privo di assistenza da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, magari pur presenti nello territorio dello Stato».

La gradualità delle tutele dei c.d. "minori a rischio"[14] è arbitrata dal diritto riconosciuto al minorenne di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia o, se questo non è oggettivamente possibile, di un'altra famiglia che gli dovrà essere procurata[15]. Un diritto, questo, che proprio in ragione del suo ruolo ordinante, assurge a principio, all'insegna del quale, non soltanto deve operarsi la scelta dello strumento di tutela, ma pure la definizione dello specifico contenuto del medesimo, più aderente possibile alla singolare dimensione antropologica e relazionale dell'interessato.

Atteso che ogni forma di protezione – da quelle d'urgenza (come il provvedimento amministrativo ex art. 403 c.c.) a quelle che incidono sulla responsabilità genitoriale (ex artt. 330-333 c.c.) a quelle più estreme dell'affidamento e dell'adozione – va ad incidere sulle relazioni primarie del minore, anzitutto sul rapporto con i propri genitori, occorre muovere dalla considerazione realistica di tali legami al fine di individuare la soluzione più idonea a realizzare l'interesse fondamentale sotteso al diritto a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia[16].

Ora, pare evidente che il concetto di minore non accompagnato non coincida con quello di minore abbandonato ai sensi dell'art. 8 della l. n. 184/1983[17]. Esso si riferisce a infradiciottenni *soli*, ovvero giunti nel territorio italiano sprovvisti di visto o autorizzazione, privi di figure adulte di riferimento, dei soggetti che in base alla legge italiana (come precisa l'art. 2 della l. n. 47/2017) sono in *rapporto giuridico* con il minorenne: rapporto genitoriale, parentale, di rappresentanza, di sorveglianza. In tali *assenze* sono senz'altro annoverate le persone rispetto alle quali il Tribunale per i minorenni valuta l'abbandono morale e materiale ai fini della dichiarazione di adottabilità, vale a dire i genitori e i parenti entro il quarto grado, che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore[18]; ma il riferimento non si esaurisce qui, atteso che la rappresentanza e/o la responsabilità potrebbero, ad esempio, far capo a un tutore oppure, per quanto concerne la responsabilità, a un insegnante che esercita la sorveglianza sul fanciullo.

In ogni caso, il profilo problematico che viene *immediatamente* in considerazione non è la

---

[14] Il riferimento è al minore che si trovi in una situazione di pericolo o difficoltà, che sia nei guai; v. P. VERCELLONE, *La rete di protezione dei minori in difficoltà*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. LENTI, II ed., Milano, 2012, 3.

[15] Cfr. C. RUPERTO, voce *Adozione. c) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 585; G. CATTANEO, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 95; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 414.

[16] Su tale diritto v. G. FERRANDO, *Dichiarazione di adottabilità, stato di abbandono, assistenza prestata dai parenti*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 3, 661 ss.; L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, cit., 298; M. R. MARELLA, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, 1, Torino, 2000, 1 ss.; M. G. STANZIONE, *Stato di abbandono e diritto del minore a rimanere presso la propria famiglia d'origine*, in *Fam. dir.*, 2013, 676 ss.

[17] Cfr. M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 427 ss.; L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, cit., 786 ss.; C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*, in *Fam. dir.*, 2017, 759.

[18] Si veda L. FADIGA, *L'adozione legittimante dei minori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, *Filiazione*, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, II ed., cit., 882 ss.

volontà o inidoneità oggettiva del genitore o dei parenti a crescere il minorenne, bensì la loro *assenza* nel territorio italiano. In sostanza, la l. n. 47/2017 attribuisce rilevanza a una situazione di fatto, allo stato di *abbandono contingente* del minore [19]; il quale (abbandono contingente), all'esito degli accertamenti ivi disposti, potrà confermarsi come tale oppure rivelarsi definitivo, attivando, se possibile, la procedura dell'adozione [20].

Peraltro, il minorenne risulterà non accompagnato anche quando giungerà nel territorio italiano insieme a soggetti con i quali sussistono legami relazionali significativi, anche consolidati, ma ai quali, per la legge italiana, non compete la rappresentanza, l'assistenza né sono ritenuti legalmente responsabili per il minore [21]; ma pure quando giunge accompagnato da persone alle quali spettano tali poteri e doveri in base all'ordinamento di appartenenza, ma non per quello italiano. Viceversa, il minore non è ritenuto *solo* e dunque non rientra nell'ambito applicativo della legge Zampa, quando si trova nel territorio italiano con una persona alla quale nessun potere è riconosciuto nell'ordinamento di appartenenza (come può accadere, in taluni contesti giuridici, nei riguardi della madre), mentre è accordato dall'ordinamento interno. Il minorenne non potrà considerarsi "non accompagnato" neppure quando è stato formalmente affidato dai genitori a parenti entro il quarto grado o ad altri adulti che lo abbiano accolto nella propria abitazione; su questi ultimi graverà comunque l'obbligo di segnalazione di cui al comma 4, art. 9 della l. n. 184/1983 [22].

Ebbene, con riguardo al minorenne straniero trovato *solo*, che entra in contatto con l'autorità, è evidente che l'accertamento della situazione *di fatto* non può che precedere la valutazione *di diritto* del *tipo* di abbandono [23]: anzitutto l'indagine si concentrerà sul bambino, monitorando la sua rete di relazioni nel territorio italiano, al fine di chiarire se versa in una condizione di *solitudine*, nel senso che con lui non sono presenti quei soggetti che la legge italiana considera suoi rappresentanti, responsabili o tenuti alla sua assistenza; appurato lo stato di abbandono *contingente*, si dà luogo alla valutazione *di diritto* dell'abbandono medesimo, da parte dell'autorità

---

[19] Questa situazione di abbandono può portare il bambino ad entrare in contatto con ambienti pericolosi, in cui regna la criminalità organizzata, con pesanti ricadute nella sua formazione e nella sua sicurezza; v. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, cit., 27.

[20] In dottrina, la distinzione è stata presentata anche in questi termini: «una cosa è la situazione del minore "abbandonato" o "bisognoso di assistenza" a termini della legge amministrativa o penale, altro è invece la nozione di abbandono di cui alla legge n. 184/1983, la quale si configura per la mancanza di un idoneo ambiente familiare», così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori non accompagnati*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. LENTI, II ed., cit., 470.

[21] L. LENTI, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, XI ed., Torino, 2016, 350

[22] Si veda A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 72.

[23] Cfr. Cass., 12 gennaio 2017, n. 686, in banca dati *De jure*, in cui, con riferimento ai minori stranieri non accompagnati, si precisa che «la verifica delle condizioni per procedere all'adozione dei minori stranieri non accompagnati può essere svolta in una fase successiva, ove ne ricorrano le condizioni di legge». Si veda anche Cass., 20 dicembre 2016, n. 26442, in *Fam. dir.*, 2017, 756 ss., con nota di C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*.

giudiziaria minorile, che si concentra sulle relazioni primarie del bambino, il suo rapporto con i genitori e con i parenti entro il quarto grado, allo scopo di verificare se lo stato di abbandono morale e materiale abbia o meno il carattere di definitività [24]. In quest'ultima ipotesi si confermerà lo stato di abbandono *contingente*, dando luogo alle più idonee misure di protezione non definitive; nel primo caso, invece, verrà accertata, dal Tribunale per i minorenni, la situazione di abbandono definitivo ed eventualmente [25] dichiarato lo stato di adottabilità [26].

Prima del recente intervento normativo, la procedura poteva consumarsi con la prima forma di accertamento, atteso che l'ingresso nello Stato non era consentito ai minori sprovvisti del visto rilasciato ai sensi dell'art. 32 della l. n. 184/1983, ovvero non accompagnati da almeno un genitore o da parenti entro il quarto grado [27]. Ciò allo scopo di contrastare il fenomeno del "traffico" illecito di minori spesso finalizzato ad evitare l'applicazione della rigida disciplina dell'adozione internazionale.

Si consideri peraltro che in passato i flussi migratori conoscevano, quasi esclusivamente, la presenza di minori c.d. "grandi", che sovente giungevano in Italia per trovare un impiego anche a beneficio della propria famiglia di origine, la quale, pur rimanendo in patria, conservava con il

---

[24] Si consideri, in proposito, che «il diritto del minore ad essere educato nella propria famiglia di origine incontra i suoi limiti là dove questa non sia in grado di prestare, in via non transitoria, le cure necessarie, né di assicurare l'obbligo di mantenere, educare ed istruire la prole, con conseguente configurabilità dello stato di abbandono, il quale non viene meno per il solo fatto che al minore siano prestate le cure materiali essenziali da parte dei genitori o di taluni dei parenti entro il quarto grado, risultando necessario, in tal caso, accertare che l'ambiente domestico sia in grado di garantire un equilibrato ed armonico sviluppo della personalità del minore, senza che, in particolare, la valutazione di idoneità dei medesimi parenti alla di lui assistenza possa prescindere dalla considerazione della loro pregressa condotta», così Cass., 14 giugno 2016, n. 12259, in *Dir. gius.*, 2016, 15 giugno.

[25] Si tenga conto che il minore che abbia compiuto gli anni quattordici deve manifestare espresso consenso all'adozione (art. 25, comma 1, l. 184/1983).

[26] Cfr. C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 760. La Cassazione è assestata nel ritenere che «costituisce un diritto fondamentale del figlio quello di vivere con i suoi genitori e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia (…); tale diritto può essere limitato solo quando si configuri un endemico e radicale stato di abbandono, ed impone quindi che si proceda con particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, la cui dichiarazione costituisce e va emessa, solo come *extrema ratio*», così, *ex multis*, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1932 in *Ilfamiliarista*, 7 luglio 2017.

[27] Art. 33, comma 1, l. n. 184/1983 ora sostituito ad opera dell'art. 3, comma 2, l. n. 47/2017. Con riferimento al vecchio testo dell'art. 33, si veda M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, cit., 505; l'A. osserva che al di là dei casi in cui la legge ammette l'ingresso (ivi comprese le ipotesi di finalità familiari, di studio, di cura, turistiche), il divieto era totale, indicando come unica eccezione «l'impossibilità di espletare regolarmente la procedura adozionale a causa di eventi bellici, calamità naturali, ecc.: deve comunque sussistere l'interesse diretto ed esclusivo del minore all'ingresso nello Stato, e tale interesse è dunque funzionale ad un provvedimento di adozione» come unica via praticabile». V., inoltre, M. MANTOVANI, sub *art. 33*, in C.M. BIANCA (commentario a cura di), *Adozione. La nuova disciplina della adozione nazionale ed internazionale a seguito delle modifiche introdotte dalle ll. 31 dicembre 1998, n. 476 e 28 marzo 2001, n. 149*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 826. L'A., a commento del testo previgente del comma 1 dell'art. 33, scrive: «Limitando in maniera rigorosa la possibilità di introduzioni di minori nello Stato alle sole ipotesi giustificate dallo scopo adottivo o dalla circostanza che il minore sia accompagnato dai soggetti indicati, la norma lascia sullo sfondo la questione, più generale, relativa al trattamento dei minori stranieri non accompagnati che si presentino alla frontiera. Nei riguardi di costoro dovrebbe invero valere il rinvio a tutte le disposizioni di fonte nazionale e sovranazionale, che concorrono a delineare la condizione giuridica dello straniero».

minorenne il legame affettivo e il rapporto giuridico.

Oggi, invece, il fenomeno presenta presupposti e contorni funzionali del tutto peculiari, proprio in termini di distanza tra la situazione di abbandono *non definitivo e relativo* e quella di abbandono *definitivo e assoluto*. Sui c.d. "barconi della speranza" si trovano frequentemente bambini molto piccoli, anche neonati, abbandonati volontariamente dai propri genitori nella speranza, appunto, che qualcuno possa garantire loro una vita migliore, dignitosa. Ed è proprio questa complessità dei recenti flussi migratori che contribuisce significativamente a reggere il senso della l. n. 47/2017.

Tant'è che consultando il *report* mensile del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali sui minori stranieri non accompagnati, relativo al mese di settembre 2017, risulta che su 18491 minori presenti e censiti, 109 sono tra 0 e 6 anni, mentre 1204 tra i 7 e i 14 anni[28]. È proprio nella prima fascia di età che ci si attende di riscontrare ipotesi di abbandono definitivo da parte della famiglia, anche soltanto per l'impossibilità oggettiva di rintracciare i genitori e i parenti; e il dato, pur essendo poco incidente in termini percentuali sul valore complessivo, è altamente significativo se confrontato con i dati degli anni precedenti, posto che già rispetto al 2016 risulta più che raddoppiato, e se si considera che riguarda la massima espressione di disagio minorile, la quale interessa la procedura altrettanto straordinaria volta a procurare al bambino una famiglia.

Rispetto ai minorenni "a rischio", stranieri e *soli*, la l. n. 47/2017 attrezza l'ordinamento di una procedura speciale per l'applicazione della disciplina sostanziale delle misure di protezione; una procedura, che intende guardare alle peculiarità esistenziali e socio-culturali di questi fanciulli, i quali raggiungono il territorio italiano spesso in condizioni drammatiche, che rasentano esiti tragici, e vuole realizzare il loro interesse ad essere destinatari di forme di protezione immediata[29].

Atteso, quindi, che si è in presenza di un testo di natura essenzialmente procedurale, l'interprete è chiamato a verificare il coordinamento con la disciplina sostanziale (nel nostro ragionare, quella di diritto civile), al fine di affermare l'effettiva aderenza al senso che ordina l'intera materia; il quale esige l'immediatezza della tutela e, dunque, il ragionevole e rigoroso controllo del fattore *tempo* nella scansione degli adempimenti procedurali.

2. – Stando alle premesse di senso appena articolate e ai *tipi* di mezzi di protezione disposti dal Codice civile, il minore straniero *solo*, che giunge nel territorio dello Stato italiano privo dei soggetti a cui spetta l'assistenza, la rappresentanza o la responsabilità, rientra senz'altro nel

---

[28] Cfr. http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-settembre-30092017.pdf. V. anche A. POLLI, *I minori stranieri non accompagnati in Italia. Protezione, accoglienza, integrazione: la dimensione quantitativa del fenomeno*, in R. CADIN, L. MANCA, V.R. PELLEGRINI (a cura di), *I minori stranieri in Italia,* Roma, 2014, 127 ss.

[29] T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47,* cit., 19.

concetto di minore «moralmente o materialmente abbandonato», nei confronti del quale l'art. 403 c.c. [30] dispone che l'autorità amministrativa (ogni autorità titolare di una funzione pubblica di carattere amministrativo [31]) lo collochi in un luogo sicuro «sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione» [32]. Trattandosi, peraltro, di persone *sole*, non accompagnate da chi è preposto, per legge, alla loro cura – il quale, magari, non risulta nemmeno conosciuto – l'estensione dell'ambito operativo della misura d'urgenza anzidetta a tali fanciulli è confermata dall'art. 401 c.c., che tra i destinatari della disciplina contempla, appunto, anche i minori «figli di genitori non conosciuti, ovvero figli di genitori che si trovino nell'impossibilità di provvedere al loro mantenimento».

Ebbene, prendendo a riferimento tale significato normativo, coordinato col principio del divieto di respingimento alla frontiera dei minori stranieri non accompagnati [33] – introdotto dall'art. 3 della l. n. 47/2017 [34] – l'autorità pubblica che si trova dinanzi a un minorenne abbandonato, *solo*, dovrà procedere senza indugio a metterlo in sicurezza, a sistemarlo cioè in un ambiente che protegga la sua persona da pericoli di lesione dei diritti fondamentali [35], in attesa che vengano individuate le misure definitive più adeguate alla sua situazione [36]. Lo scopo del provvedimento adottato ex art. 403 c.c. è, infatti, garantire al minorenne la sicurezza, il riparo dal pericolo di lesione dei suoi interessi fondamentali [37], in attesa che si chiarisca la sua situazione esistenziale e relazionale e si addivenga, di conseguenza, a disporre il rimedio maggiormente attuativo del suo interesse [38]. Esso deve avere, pertanto, carattere provvisorio e una durata limitata,

---

[30] A. SPANGARO, *sub* art. 403, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, III ed., Milano, 2015, 1658 osserva che la norma si riferisce «a situazioni contingenti, di urgenza, tali da richiedere un provvedimento pressoché immediato, che collochi il minore in un luogo sicuro».

[31] Cfr. G. CATTANEO, *sub* art. 403, in *Comm. dir. fam.*, diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, t. IV, Padova, 1992, 570, il quale ritiene che tale provvedimento possa provenire anche da un'autorità diversa da quella di pubblica sicurezza.

[32] In questo senso P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori non accompagnati*, cit., 472; A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 82.

[33] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione,* cit., 158-159.

[34] Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.* 157 ss. È stato altresì modificato il comma 4 dell'art. 31 del T.U. sull'immigrazione, il quale ora dispone che quando ai sensi del testo unico debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero, «il provvedimento è adottato a condizione comunque che il provvedimento stesso non comporti un rischio di danni gravi per il minore».

[35] Diritti che sono divenuti «il centro del sistema, il fondamento di un insieme di regole astratte e generali», così L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 94. V. anche A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 60-61, la quale parla di «una sorta di *giusnaturalismo* dei diritti dei minori».

[36] Si veda A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1300. L'A. parla di «una sorta di *giusnaturalismo* dei diritti dei minori, proclamanti diritti e libertà fondamentali non sempre dotati di effettività».

[37] G. CATTANEO, sub *art. 403*, cit., 568.

[38] Si rinvia a L. LENTI, *Allontanamento d'urgenza di cui all'art. 403 cod. civ. e contatti tra genitori e figli. A pro-*

comunque giustificata dall'*urgenza*[39], essendo necessario provvedere, prima possibile, in via definitiva. A tal fine, in capo all'autorità amministrativa che si è determinata ad attuare, in via autonoma, la misura d'urgenza, incombe l'obbligo di dare comunicazione tempestiva alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni del provvedimento adottato e delle ragioni di gravità ed urgenza ad esso sottese, affinché ne controlli la regolarità e formuli la richiesta al Tribunale per i minorenni di provvedere in via definitiva alla protezione del minore[40].

Ora, rispetto a questa "misura" generale d'urgenza, che esige l'intervento pubblico immediato nei confronti del minore *abbandonato* (solo) – a seguito dell'accertamento contingente, da svolgersi con perizia, dell'urgenza di "mettere al sicuro" la persona, dando seguito, poi, alla procedura, altrettanto generale, di segnalazione del fatto accertato e del provvedimento adottato all'autorità giudiziaria competente – la l. n. 47/2017 istituisce una procedura, del tutto speciale, da attivare ogniqualvolta a risultare privo di assistenza morale e materiale sia un minorenne non cittadino italiano o europeo. Nei confronti di costui, pertanto, sarà comunque praticabile la misura cautelare e provvisoria, del tutto residuale, di cui all'art. 403 c.c.[41] – il quale nulla dispone, in dettaglio, sulle modalità di attuazione dell'intervento – ma con un'ulteriore garanzia, realizzata dal legislatore per mezzo della *specificazione* della scansione procedurale che l'autorità pubblica dovrà osservare per soddisfare al meglio l'interesse di questo minorenne ritenuto, per definizione, particolarmente vulnerabile.

Una specificazione, i cui contenuti fanno cogliere la provvisorietà e il contenimento nel minor tempo possibile della misura di protezione d'urgenza. Tant'è che mentre tali connotati nel codice civile si evincono in via di interpretazione sistematica, ovvero coordinando la disciplina dell'art. 403 c.c. con quella sostanziale e processuale dei provvedimenti giudiziari di protezione dei minori a rischio, l'art. 19, comma 5, del d. lgs. 142/2015[42] richiede espressamente all'autorità di pubblica sicurezza che abbia rinvenuto un minore non accompagnato di darne *immediata* comunicazione al giudice tutelare (per la nomina del tutore[43]), al Procuratore della Repubbli-

---

posito di Cass. n. 20928/2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 464 ss. La Corte di legittimità ha chiarito che il potere «di intervenire direttamente sull'ambiente familiare ai sensi dell'art. 403 c.c. è previsto per i casi di "abbandono morale e materiale" (…) e in genere per situazioni di disagio minorile che siano palesi, evidenti o comunque di agevole e indiscutibile accertamento, al fine di adottare in via immediata i provvedimenti di tutela contingibile e urgenti, che si appalesino necessari», così Cass., 16 ottobre 2015, n. 20928, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1, 297.

[39] Cfr. L. LENTI, *op. cit.*, 465. L'A. ravvisa il senso attuale dello strumento di protezione di cui all'art. 403 c.c. in casi del tutto straordinari, «ove è necessario dare una risposta immediata a situazioni di emergenza, quando un minore si trova in una situazione di grave difficoltà o pericolo che sia attuale, contingente, acuta e non cronica». V. inoltre A. SPANGARO, *sub* art. 403, cit., 1496.

[40] G. CATTANEO, sub *art. 403*, cit., 572. L'omissione, peraltro, costituisce reato a norma dell'art. 70, l. n. 184/1983. V. inoltre A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 81.

[41] Cfr. G. CATTANEO, *op. cit.*, 567.

[42] Si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Disciplina e orientamenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 155-156.

[43] L'art. 11 della l. n. 47/2017 prevede l'istituzione presso ogni Tribunale per i minorenni di un elenco di tutori

ca presso il Tribunale per i minorenni e al Tribunale per i minorenni «per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte».

Già in questa previsione si coglie una possibile eterogenesi dei fini, giacché mentre viene predicata l'immediatezza della comunicazione, il doppio adempimento comunicativo, alla Procura e al Tribunale per i minorenni, del quale non è dato scorgere le ragioni, si traduce in un inefficiente dispendio di tempo (posto che sarebbe bastata un'unica comunicazione), con possibili ripercussioni sull'effettività della disciplina.

Ma questo stesso problema si coglie in altri momenti della procedura istituita dalla legge n. 47/2017, che scandisce il regime di protezione del minorenne straniero non accompagnato.

Paradigmatico è l'inserimento dell'art. 19 *bis* nel d. lgs. n. 142/2015 – riguardante la procedura di identificazione dei minori stranieri non accompagnati – i cui significati paiono a volte lontani dal sistema dell'articolato normativo della specifica fonte, ma anche da quelli più generali istituiti dal legislatore nell'ambito del sottosistema giuridico del diritto civile minorile.

Il primo adempimento che tale norma fa seguire al contatto o alla segnalazione riguardante un minore straniero non accompagnato è il *colloquio*, la cui delicatezza e dimensione funzionale si evincono dalla rete di competenze professionali chiamate ad intervenire. Il colloquio, infatti, deve essere condotto dal personale qualificato della struttura di prima accoglienza – destinata *esclusivamente* a minori stranieri non accompagnati [44] – da uno psicologo dell'età evolutiva, sotto la direzione dei servizi sociali dell'ente locale competente, con il possibile ausilio delle istituzioni locali [45] operanti nel settore minorile e con la partecipazione di un mediatore culturale.

Pur nella diversità di ruoli, il concorso, voluto dalla legge, delle più qualificate professionalità presenti nel territorio in materia di disagio minorile fa cogliere il *senso* di codesto adempimento: quello cioè di far emergere il vissuto, le circostanze del "viaggio migratorio", la persona-

---

volontari, al quale «possono essere iscritti privati cittadini, selezionati e adeguatamente formati, da parte dei garanti regionali e delle provincie autonome di Trento e Bolzano per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato o di più minori, quando la tutela riguarda fratelli o sorelle». Resta ferma comunque l'applicazione di quanto prevede l'art. 3 l. n. 184/1983 ovvero che «i legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici o privati esercitano i poteri tutelari sul minore affidato (…), fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore, in tutti i casi nei quali l'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela sia impedito». Quanto alla competenza per la nomina del tutore, la Cassazione ha chiarito che «il minore straniero non accompagnato che sbarca illegalmente in Italia riceve le misura di prima accoglienza, secondo quanto stabilito dal d. lgs. n. 142 del 2015 e per esercitare i suoi diritti nel nostro paese ha bisogno nel più breve tempo possibile di una rappresentanza legale da realizzarsi mediante l'apertura della tutela e la nomina di un tutore da parte del giudice tutelare del luogo ove si colloca la struttura di accoglienza, a ciò istituzionalmente demandato in presenza di minori che si trovino nella medesima o in un'analoga condizione, del tutto diversa da quella di "abbandono" della l. 184 del 1983, *ex* art. 9 e 10», così Cass., 12 gennaio 2017, n. 686, cit.; v. anche Cass., 20 dicembre 2016, n. 26442, cit.

[44] Si tratta di una novità molto importante introdotta dall'art. 4 l. n. 47/2017, che ha eliminato la promiscuità, nelle strutture di prima accoglienza, di bambini e adulti.

[45] Il legislatore si riferisce testualmente a «organizzazioni, enti o associazioni» dando prova, ancora una volta, di un modo di procedere che prescinde dal necessario rigore dogmatico, almeno nel momento in cui si approva un testo che accresce il sistema e deve, dunque, coordinarsi con i suoi significati.

lità e i bisogni di quel *determinato* minorenne, allo scopo di definire il suo interesse e disporre lo strumento di tutela che meglio lo possa realizzare [46]. Una lettura, dunque, di carattere esistenziale e relazionale, che penetra le radici più profonde della persona, non soltanto di tipo familiare ma pure socio-culturale. Essenziale, in tale percorso valutativo, è la figura del *mediatore culturale* – presente in tutte le trame della procedura diretta a proteggere il minore straniero non accompagnato – preposto a realizzare l'inserimento del minore nella società [47], attuando la sintesi tra il sistema culturale di partenza e quello di arrivo. Una *sintesi* che costituisce la premessa di senso dell'interesse del minore e dunque la cifra all'insegna della quale definire il contenuto dei suoi diritti fondamentali [48].

Il colloquio, che implica una interazione tra le parti, in materia minorile evoca la categoria dell'*ascolto*; il quale, già nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 12), è riconosciuto come diritto fondamentale del minore, confermato poi dalle altre fonti multilivello [49]. Lo stesso d. lgs. 142/2015 all'art. 18, comma 2, indica l'ascolto del minore come adempimento necessario per valutare il suo interesse, «tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale»; e il comma 2 *ter*, introdotto dall'art. 15 della l. n. 47/2017, conferma il diritto all'ascolto in tutti i procedimenti giudiziari e amministrativi che riguardano il minore, in uno con il suo diritto a partecipare ai medesimi per mezzo di un suo rappresentante legale [50].

La circostanza che l'art. 19 *bis*, introdotto dalla l. n. 47/2017, utilizzi il lemma *colloquio* anziché *ascolto* non pare trascurabile sul piano ermeneutico. All'uno e all'altro termine, infatti, si accompagnano significati e sensi differenti, i quali, nel momento applicativo possono comportare distorsioni funzionali della procedura, privando di effettività la tutela. Muovendo dalla Convenzione di New York, l'art. 12 riconosce al fanciullo capace di discernimento il «diritto di

---

[46] Si veda L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 97-98.

[47] Sulla figura del mediatore culturale si rinvia a P. BERTOLINI, voce *Mediatore (culturale)*, in P. BERTOLINI, *Dizionario di pedagogia e scienze dell'educazione*, Bologna, 1996, 342 ss.; M. ANDOLFI (a cura di), *La mediazione culturale. Tra l'estraneo e il familiare*, Milano, 2003, *passim*. V. inoltre A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1300.

[48] All'esito del colloquio verrà compilata la cartella sociale del bambino, in cui sono inseriti i dati utili a ricercare la sistemazione migliore e a realizzare i suoi diritti fondamentali. A tale fine la cartella sociale deve essere trasmessa alle figure preposte alla protezione dei bambini (servizi sociali del Comune di destinazione e Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni) e ad essa si deve fare riferimento nella banca dati del sistema informatico nazionale, istituito presso il Ministero del lavoro.

[49] Cfr. A. GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1281 ss.; G. MANERA, *L'ascolto dei minori nelle istituzioni*, in *Dir. fam.*, 1997, 1551 ss.; A. GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, 1111 ss.; P. PESCE, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Fam. dir.*, 2015, 252 ss.; A. CORDIANO, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, cit., 63; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015, 20 ss.; F. GIARDINA, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1612 ss.

[50] L'effettiva realizzazione di tali diritti, specialmente dell'ascolto, è assicurata, dalla medesima norma, dalla presenza di un mediatore culturale.

esprimere *liberamente*[51]» la propria opinione su ogni questione che lo riguarda, ivi compresi, evidentemente, i procedimenti finalizzati a tutelare il suo interesse[52]. Al fine di rendere effettivo tale diritto, la fonte internazionale accompagna al *diritto di espressione* il riconoscimento del *diritto all'ascolto* del fanciullo in tutte le procedure giudiziarie e amministrative che lo riguardano.

Dunque, anche nel procedimento di identificazione del minore straniero non accompagnato e di individuazione della relativa misura di protezione, il fanciullo dovrà potersi esprimere ed essere ascoltato prima di qualsiasi scelta, anche di carattere procedurale, che abbia delle ricadute nella sua sfera personale[53].

Ebbene, l'ascolto esige, da una parte la partecipazione *attiva* del minore al processo decisionale, nel senso che egli deve potersi determinare, far emergere i propri bisogni, interessi, opinioni rispetto ad ogni ipotesi di soluzione[54]; dall'altro, la disponibilità di colui che ascolta a prendere in considerazione, nel momento in cui si tratta di individuare il rimedio, quanto espresso dal minore[55]. Il colloquio, invece, conosce sfumature diverse, in cui la forza dialettica di uno può imporsi sull'altro, dando luogo al sopravvento dispotico delle idee e delle valutazioni dell'adulto. Non è questo il significato che può attribuirsi al colloquio cui si riferisce l'art. 19 *bis*: quanto esprime il minore in ordine al proprio interesse non può essere immotivatamente disatteso da chi dialoga con lui nel corso del procedimento volto a individuare la misura di protezione definitiva più adeguata; anzi, quei contenuti devono essere «*debitamente*» presi in considerazione, tenendo conto dell'età e della maturità dello specifico minorenne, nella consapevolezza che più elevato è il livello di quest'ultima più è veritiero il discernimento di ciò che è conforme al proprio interesse.

A quel colloquio, dunque, si addice il significato tipico dell'ascolto nella sua duplice dimensione di diritto del minore di esprimersi e di obbligo di chi con lui interagisce di decidere in

---

[51] Il corsivo è nostro.

[52] V. anche art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[53] Cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 97-99.

[54] I giudici di legittimità chiariscono che l'ascolto del minore si pone «fra le regole fondamentali e generali attraverso le quali, realizzandosi il riconoscimento dell'ascolto stesso come diritto assoluto del minore, viene perseguito il suo interesse superiore, corrispondente al suo sviluppo armonico, psichico, fisico e relazionale, da perseguirsi anche attraverso l'immediata percezione delle sue opinioni in merito alle scelte che lo riguardano, consentendo, in tal modo, la partecipazione del minore stesso al giudizio, in quanto "parte in senso sostanziale"», così Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *Fam. dir.*, 2015, 247. V. anche Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1418 ss. con nota di F. DANOVI, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*; in *Fam e dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*.

[55] È senz'altro efficace la sintesi articolata dal giudice di merito:«Quanto all'ascolto, va in primo luogo chiarito che ascoltare i minori (…) non significa che il giudice debba prendere atto della volontà manifestata verbalmente dai figli e debba attuarla; il giudice deve invece perseguire il reale interesse dei minori, capirne i bisogni profondi e disporre quanto è possibile per tutelarne una crescita serena ed equilibrata», così Trib. Pavia, 7 novembre 2016, in banca dati *De jure*.

conformità a quanto dichiarato o di motivare, sulla base dei parametri formali dell'età e della maturità, l'eventuale inosservanza delle valutazioni manifestate dal minorenne. Ne consegue che l'art. 19 *bis* intende, in realtà, istituire una procedura, del tutto speciale, dell'ascolto del minore straniero non accompagnato; il quale deve poter "dire la sua" nel momento in cui l'autorità pubblica entra in contatto con lui o comunque considera la sua situazione al fine di disporre il mezzo di protezione più conforme al suo interesse. Una procedura che, per come strutturata, esalta il senso del diritto all'ascolto e ne garantisce l'effettività, prevedendo la partecipazione al colloquio/ascolto delle professionalità anzidette, tra cui il mediatore culturale, il cui concorso consente *realmente* al bambino di narrarsi, rendendo davvero possibile la comprensione della sua storia e delle sue aspirazioni, nonché la lettura della sua dimensione esistenziale e del suo interesse, per giungere all'individuazione della più idonea forma di protezione.

Tuttavia, il diritto all'ascolto è accordato dalle fonti multilivello anzidette al minore munito della *capacità di discernimento*[56], di condurre una valutazione obiettiva del proprio interesse, che il nostro ordinamento presume con il compimento del dodicesimo anno di età[57].

Considerata la parità di trattamento del minore straniero non accompagnato e di quello cittadino italiano o dell'Unione europea, affermata solennemente dall'art. 1 della l. n. 47/2017[58], ne discende che anche al colloquio/ascolto con il primo – e, dunque, il suo coinvolgimento nel procedimento che lo sta interessando – si dovrà dar luogo, occupando tutti i tempi di cui necessita, se le professionalità che ad esso devono concorrere, eventualmente coadiuvate da altri, accertano anzitutto la capacità di discernimento del minore titolare del diritto. Diversamente saranno quelle stesse professionalità che dovranno adoperarsi per individuare la soluzione più conforme al *best interest of the child*[59].

L'accertamento della capacità di discernimento del bambino, specialmente se infradodicenne, dovrebbe essere, dunque, uno dei primi adempimenti della procedura[60]. Tant'è che dalla

---

[56] Si veda L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 99, il quale chiarisce che *capace di discernimento* è il minore «che abbia raggiunto una sensatezza sufficiente sul piano psicologico, che gli permetta di valutare le circostanze in cui si trova, l'importanza della decisione da prendere, i valori e gli interessi che vi sono in gioco, le conseguenze che potranno derivarne sia nel breve periodo, sia soprattutto per la sua vita futura, fino all'età adulta».

[57] Anche se in alcuni luoghi normativi si presume col compimento del decimo anno di età (art. 371, comma 1, n. 1, c.c.). La Corte di Cassazione precisa in proposito che «in tema di ascolto e audizione del minore il principio generale cui si ispira la giurisprudenza di legittimità, principio che è stato di recente affermato dal legislatore italiano con l'art. 315 *bis* c.c., introdotto dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219, prevede il diritto del minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, di essere ascoltato in tutte le questioni e procedure che lo riguardano (…), salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con il suo superiore interesse», così Cass., 5 marzo 2014, n. 5097, in *Fam. dir.*, 2015, 245. V. inoltre Cass., 11 agosto 2011, n. 17201, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, 690; id., 27 luglio 2007, n. 16753, in *Dir. fam.*, 2008, 60.

[58] Cfr. C. MARINO, *La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati,* cit., 759.

[59] Su questo giudizio di conformità v. L. LENTI, *«Best interests of the child» o «best interests of the children»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 100.

[60] Si veda P. STANZIONE, *Capacità e minore età nelle problematiche della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *Passim;* F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1994; G. PALMERI, *Diritto senza poteri: la*

sussistenza di tale capacità dipende la durata della procedura stessa e il relativo giudizio di ragionevolezza: il dar luogo al colloquio/ascolto con riguardo a un minorenne non munito della capacità di discernimento, si traduce in un impiego irragionevole dei tempi procedurali, in un ritardo nell'individuazione della misura di protezione definitiva da accordare al minore e, quindi, in un pregiudizio al medesimo. In sostanza, è in gioco la stessa efficacia ed effettività della specifica disciplina.

3. – *Segue*. Il problema dell'efficacia ed effettività da ultimo sollevato si coglie, in particolare, nella procedura, istituita dalla l. n. 47/2017, finalizzata a determinare l'età del bambino [61]. Segnatamente, qualora sussistano dubbi sull'età dichiarata dal minore, l'art. 19 *bis* d. lgs. 142/2015 [62] prevede che essa venga determinata su base documentale, con l'acquisizione di un documento anagrafico procurato anche per il tramite della collaborazione delle autorità diplomatico-consolari; se questo non è possibile, la stessa disposizione prevede, come strumento residuale ed estremo, il ricorso ad esami socio-sanitari disposti dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni su richiesta dell'autorità. Infine, se nonostante gli accertamenti socio-sanitari permane ancora il dubbio, la minore età è presunta (*favor minoris*).

È evidente che anche nell'attuazione di tale istruttoria si debba dar luogo all'ascolto del bambino; un adempimento, questo, che oltre ai "benefici", in termini di realizzazione dell'interesse del minore, ha pure i suoi "costi" rappresentati dai tempi per esperirlo e per condurre le relative valutazioni. Sicché, pure in tale caso se si è presenza di un bambino che ancora non ha maturato la capacità di discernimento, è necessario abbattere i tempi dell'ascolto e individuare,

---

condizione giuridica dei minori, Napoli, 1994; F. GIARDINA, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, cit., 1609 ss.; P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, *Il soggetto*, II, Milano, 2017, 117 ss. In giurisprudenza è stata riconosciuta una differente modulazione dell'obbligo di ascolto con riferimento al minore dodicenne rispetto a quello di età inferiore: «Per la prima ipotesi, la presunzione della capacità di discernimento, fissata in via legislativa, impone al giudice di primo grado di prevedere, anche officiosamente, una scansione procedimentale dedicata all'ascolto stesso da svolgersi secondo le modalità stabilite dall'art. 336 *bis* c.c. (…), salvo che motivatamente non si ritenga l'ascolto superfluo o contrario al suo interesse. (…) Il giudice ha senz'altro il potere officioso di procedere all'ascolto del minore anche quando non abbia compiuto i dodici anni (…)». In questo caso, però, «non si ravvisa l'obbligo endoprocedimentale del giudice di primo grado di procedere all'ascolto, previa valutazione del grado di discernimento, o l'obbligo di motivare sulla valutazione discrezionale relativa all'omesso ascolto», Cass., 7 marzo 2017, n. 5676 in *Foro it.*, 2017, 4, I, con nota di G. CASABURI.

[61] Su tale profilo problematico v. E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della L. 47/2017*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2017, 1 ss. Prima della l. n. 47/2017, l'accertamento dell'età non era oggetto di una specifica, organica disciplina legislativa. Un precedente, recente, tentativo di disciplina organica si è avuto con il «Regolamento recante definizione dei meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta, in attuazione dell'art. 4, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24», di cui al D.P.C.M. 10 novembre 2016, n. 234, entrato in vigore il 6 gennaio 2017.

[62] Introdotto dall'art. 5, l. n. 47/2017.

con perizia, la soluzione che si ritiene maggiormente aderente al suo interesse [63].

Eseguito il colloquio/ascolto, se da esso emerge la non conformità all'interesse del minore di talune tecniche di accertamento dell'età previste dall'art. 19 *bis*, l'autorità procedente le dovrà evitare [64].

Con particolare riguardo agli esami socio-sanitari, la disciplina prevede che il minore interessato debba essere destinatario di una serie di informazioni [65], acquisite le quali può esprimere la propria opinione fosse anche il rifiuto degli stessi. Non si tratta, dunque, di un accertamento sanitario obbligatorio [66].

Gli obblighi di informazione e la possibilità riconosciuta al minore di rifiutare l'indagine socio-sanitaria si atteggiano come un supporto conoscitivo al (e un'intensificazione del) diritto all'ascolto [67]; il tutto, ancora una volta, subordinato alla sussistenza della capacità di discernimento del soggetto, la quale diviene, quindi, «unità di misura, lo strumento che consente di accostarsi alla ricerca dell'identità del minore e di misurarne la graduale e progressiva affermazione» [68].

Accertata tale capacità, il minore deve essere messo nelle condizioni di poter conoscere l'impatto di tali esami sul suo interesse e di orientare *consapevolmente* la proprio scelta. A tali fini, la l. n. 47/2017 vincola l'informazione a dei requisiti di forma e a precisi contenuti [69]: i primi esigono l'utilizzo nella comunicazione di una lingua comprensibile al minore e di modalità conformi alla sua maturità e alfabetizzazione, ricorrendo alla figura di un mediatore culturale, il quale funge da garanzia ulteriore di chiarezza e comprensibilità; i secondi indicano quali fattori di conoscenza da comunicare, il tipo di esami che devono essere praticati, i possibili risultati attesi, le eventuali conseguenze di questi ultimi e ciò che può sortire dal rifiuto del minore di sottoporsi a tali esami [70]. Queste stesse informazioni devono essere comunicate, in modo altret-

---

[63] Cfr. Cass., 21 novembre 2016, n. 23635, in *Guida al dir.*, 2017, 8, 74.

[64] Infatti, in ordine all'intervento della rappresentanza diplomatico-consolare, il comma 3 dell'art. 19 *bis* dispone che esso non possa essere richiesto «nei casi in cui il presunto minore abbia espresso la volontà di chiedere protezione internazionale ovvero quando una possibile esigenza di protezione internazionale emerga a seguito del colloquio previsto dal comma 1. Tale intervento non è altresì esperibile qualora da esso possano derivare pericoli di persecuzione e nei casi in cui il minore dichiari di non volersi avvalere dell'intervento dell'autorità diplomatico-consolare. Il ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e il Ministero dell'interno promuovono le opportune iniziative, d'intesa con gli Stati interessati, al fine di accelerare il compimento degli accertamenti di cui al presente comma».

[65] Si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., 217 ss.

[66] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, cit., 163-164. Ritiene, invece, che si tratti di accertamento sanitario obbligatorio T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47,* cit., 35.

[67] Si veda Cass., 7 marzo 2017, n. 5676, cit. Il supremo Collegio specifica che la scansione procedurale dell'ascolto prevede «l'obbligatorietà della conduzione da parte del giudice e la preventiva informazione del minore sulla natura del procedimento e sugli effetti dell'ascolto».

[68] F. GIARDINA, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, cit., 1619.

[69] Cfr. A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1303.

[70] Cfr. G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., 181 ss. Sul legame tra forma e informazione, con particolare riguardo al diritto dei contratti, v. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, *passim*; D.

tanto trasparente, pure al soggetto che, anche in via temporanea, «esercita i poteri tutelari nei confronti del minore».

Stando a quanto già osservato, è evidente che la doppia comunicazione non ha ragione di effettuarsi nel caso si tratti di "piccolo minore" o comunque di un bambino che non ha maturato quella capacità di discernimento necessaria per elaborare l'informazione e determinarsi in modo consapevole. Sarà dunque sufficiente informare il tutore, anche provvisorio [71], il quale, nella sua funzione di cura della persona del minore e di rappresentanza (art. 357 c.c.) [72], svolgerà le necessarie valutazioni, «in conformità al principio dell'interesse superiore del minore» (art. 19, comma 6, d. lgs. 214/2015), giungendo a una scelta; la quale potrà eventualmente essere sottoposta al sindacato del giudice minorile qualora sorga il sospetto della mancanza del requisito di conformità al *best interest*.

Viceversa, in caso di minore ultradodicenne munito della capacità di discernimento, la doppia comunicazione dell'informazione, da un lato rende ancor più effettiva la conoscenza da parte del minorenne del tipo, dello scopo e delle conseguenze delle indagini socio-sanitarie che comunque incidono sui suoi diritti fondamentali (ed è questo che giustifica l'obbligo di informazione nei suoi riguardi); dall'altro, consentendo anche al tutore di svolgere le proprie valutazioni nell'osservanza dei doveri tipici del proprio ufficio, rende maggiormente effettiva la realizzazione dell'interesse del minore, offrendo un ulteriore parametro di giudizio della "bontà" delle valutazioni compiute dal medesimo nel determinarsi in un certo senso. Tant'è che in caso di contrasto, sarà il giudice minorile a dover giudicare quale tra le due opposte letture è oggettivamente più conforme al *best interest*. In pratica, se il minore rifiuta il trattamento in modo palesemente contrario al proprio interesse, e ciò anche in base a quanto ritiene il tutore in sintonia con le professionalità coinvolte, il giudice minorile potrà mettere in discussione la capacità di discernimento, di orientarsi in conformità al proprio interesse, e dunque la tenuta delle scelte operate dal minorenne interessato.

VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 113 ss.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova 2006, *passim*; R. SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto del contratti*, Padova, 2007, 111 ss.; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008, 87 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 260 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 311 ss.

[71] L'art. 6, comma 3, l. n. 47/2017 dispone che «sino alla nomina di un tutore, i compiti relativi alla richiesta di permesso di soggiorno o di protezione internazionale possono essere svolti dalla struttura di prima accoglienza».

[72] Si veda G. BISEGNA, voce *Tutela e curatela (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 933; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 4, *Persona e famiglia*, t. III, II ed., cit., 671 ss.; M. DOGLIOTTI, voce *Tutela e curatela*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 474; P. PAZÉ, *La tutela e la curatela dei minori*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia,* a cura di L. LENTI, II ed., cit., 336.

4. – Abbiamo osservato che nel sistema dei mezzi di protezione del minore, il fattore tempo costituisce una componente fondamentale dell'effettività della tutela. La protezione del "minore a rischio", infatti, si realizza, in pienezza, nella misura in cui essa viene attuata pressoché contestualmente all'accertamento della situazione di disagio o comunque nel minor tempo possibile. Ne discende che anche la disciplina a tutela dei minori stranieri non accompagnati, specialmente nella parte novellata dalla legge Zampa, deve essere di volta in volta ripulita da tutti quegli adempimenti che, pur essendo richiesti dal legislatore, risultano realisticamente non attuabili in base alle circostanze del caso e alla disciplina generale.

Specialmente nella fase di identificazione del minore, il pericolo di disfunzioni generate da insensati rallentamenti, provocati anche da approcci che presumono la costanza dell'accezione tecnica della terminologia legislativa [73], si ravvisa non soltanto nel momento del colloquio/ascolto e dell'informazione sugli esami socio-sanitari volti a determinare l'età – pericolo che diviene reale, come abbiamo detto, se la disciplina speciale (quella di cui ci stiamo occupando) non viene fatta dialogare con quella generale in materia di ascolto del minore – ma anche con riferimento al momento "finale" degli accertamenti socio-sanitari connotato, pure esso, da una serie di adempimenti comunicativi.

Nello specifico, l'art. 19 *bis*, comma 7, dispone che il risultato dell'accertamento deve essere comunicato formalmente [74] al minore – osservando i medesimi criteri di trasparenza richiesti per le informazioni preliminari alla manifestazione del consenso al trattamento medesimo – all'autorità giudiziaria che ha disposto l'accertamento e all'esercente la responsabilità genitoriale [75].

Proprio quest'ultimo riferimento, del tutto isolato e non ben comprensibile anche nella sua fattibilità pratica, può generare nell'interprete pratico (ma soprattutto nell'operatore) uno smarrimento sistematico, che rischia di tradursi in motivo di intralcio nel regolare e spedito svolgimento della procedura con pesanti ricadute, appunto, in termini di effettività rimediale. Difatti – stando alla qualificazione dogmatica che la categoria assume nel nostro ordinamento, ovvero

---

[73] Si rinvia a G. TARELLO, *L'interpretazione della legge,* in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, vol. I, t. 2, Milano, 1980, 108 ss. V. anche S. ULLMANN, *La semantica. Introduzione alla scienza del significato*, trad. it. di A. BACCARANI e L. ROSIELLO, Bologna, 1962, 91 ss.

[74] L'art. 19 *bis*, comma 7, dispone pure che «nella relazione finale deve essere sempre indicato il margine di errore» del tipo di accertamento.

[75] Su tale concetto si veda, in particolare, G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 780 ss.; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2014, 466 ss.; A.G. CIANCI, *La nozione della responsabilità genitoriale (art. 316-317)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. BIANCa, Padova, 2015, 579 ss.; F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento «pubblico»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 717 ss.; G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2015, 952 ss.; F. GIARDINA, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, cit., 1613-1614; M. SESTA, *Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi*, in M. SESTA e A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia,* III, Milano, 2016, 85 ss.

quella di situazione giuridica soggettiva *propria del genitore*[76] – da un lato non si comprende per quale ragione il soggetto esercente la responsabilità genitoriale debba essere destinatario *soltanto* di tale informazione, che riguarda il risultato dell'accertamento, e non anche delle informazioni previste nelle fasi precedenti; d'altro canto, non è neppure chiaro il senso di escludere da tale comunicazione il tutore, anche provvisorio, che invece è stato destinatario delle informazioni preliminari alla manifestazione del consenso agli esami socio-sanitari.

Ma vi è un ulteriore profilo di oscurità. L'esercente la responsabilità genitoriale non viene contemplato nemmeno tra i soggetti a cui deve essere notificato il provvedimento finale di attribuzione dell'età (del quale, peraltro, non è specificato quale sia l'autorità competente ad emanarlo[77]), mentre tra questi compare, ancora una volta, l'esercente i poteri tutelari, se nominato, al quale è altresì riconosciuto il diritto di impugnativa.

Appurato ciò, delle due l'una: o il riferimento all'esercente la responsabilità genitoriale, come soggetto al quale deve essere comunicato il risultato dell'accertamento è un abbaglio del legislatore oppure vi è un senso e un significato che lo ordinano. Inoltre, qualora si giungesse alla prima conclusione, occorrerebbe chiarire se nessun adempimento comunicativo, oltre a quello verso il minore interessato, sia richiesto oppure se la comunicazione del risultato dell'accertamento debba essere indirizzata a un soggetto diverso da quello esercente la responsabilità genitoriale, vale a dire al suo rappresentante, il tutore nominato ai sensi dell'art. 19, comma 5, d. lgs. 214/2015[78].

È evidente che tali dubbi ermeneutici muovono dalla premessa concettuale secondo la quale la responsabilità genitoriale, così come intesa nel sistema del nostro codice civile, riorganizzato dalla riforma del diritto della filiazione del 2012/2013, è una situazione giuridica soggettiva facente capo *esclusivamente* al genitore (art. 316 c.c.). Né in tale sistema, stando alle categorie dogmatiche implicate, è concepibile una scissione *assoluta* e *definitiva* tra titolarità ed esercizio[79], potendo tutt'al più, per volontà del titolare della situazione giuridica soggettiva o della

---

[76] Cfr. M. SESTA, *Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi*, cit., 88 ss. L'A. ritiene che l'espressione intenda porre l'accento «sui doveri di cura volti all'attuazione dell'interesse del figlio, rispetto al quale il ruolo dei genitori si configura alla stregua di una vera e propria funzione».

[77] C. CASCONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, cit., 18 ss. osserva che la soluzione logicamente più sostenibile è che il pubblico ministero minorile promuova ricorso al Tribunale per i minorenni affinché decida l'attribuzione dell'età. In questo caso il provvedimento sarà reclamabile avanti alla Corte d'Appello, sezione minorile. In sostanza, si ravvisa la «razionalità di un sistema nel quale il pubblico ministero, raccolte le necessarie informazioni, proponga ricorso al giudice (in questo caso il Tribunale per i minorenni), il quale emette il decreto motivato che accerta in via definitiva l'età del minore straniero». L'A. ritiene però maggiormente munita di immediata concretezza operativa e dunque più conforme al principio di effettività la soluzione che individua nel pubblico ministero minorile il soggetto a cui spetta emettere il provvedimento di attribuzione dell'età. In questo caso il reclamo andrebbe proposto avanti al Tribunale per i minorenni (*op. cit.*, 20-22).

[78] Anche nei primi commenti alla nuova normativa si incontrano discorsi che riferiscono la responsabilità genitoriale al ruolo del tutore; così T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, cit., 35.

[79] Su tale profilo problematico si rinvia a S. PUGLIATTI, voce *Esercizio del diritto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 622 ss.; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI,

legge, verificarsi una sostituzione nell'esercizio di talune funzioni per il tramite di uno strumento formale di *supplenza*[80]; tant'è che anche quando l'art. 5 l. n. 184/1983 riconosce all'affidatario l'esercizio dei poteri connessi «con la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie», si tratta di una *supplenza* istituita *ex lege* rispetto a talune funzioni e in ragione di evidenti esigenze operative, piuttosto che di un *esercizio* del potere di per sé inscindibile dalla titolarità[81].

Gli interrogativi di carattere dogmatico e sistematico poc'anzi enunciati, si accentuano a seguito di osservazioni di ordine pratico. Difatti, pur non potendo escludere che al procedimento di determinazione dell'età si giunga conoscendo l'identità del genitore[82], non è chiaro quale possa essere il ruolo dello stesso in tutta la procedura di identificazione del minore e quale sia il senso della comunicazione al medesimo soltanto del risultato finale dell'accertamento socio-sanitario.

Tali perplessità discendono dalla constatazione che la procedura di accertamento dell'età del minore per il tramite di esami socio-sanitari è attivata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni[83] secondo un principio di progressività, quando non è possibile giun-

---

U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo,* in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, Torino, 2001, 67, il quale precisa che «la nozione di diritto soggettivo implica il potere di compiere – attualmente o in futuro – atti di esercizio del diritto». Muovendo da tale schema, R. SACCO, *L'esercizio del diritto*, *ivi*, 290 ss., aggiunge che «la separazione fra diritto ed esercizio è qualcosa di patologico, rimane confinata nell'area del fatto, e finisce poi per produrre un nuovo parallelismo tra la situazione consistente nell'esercizio e la situazione consistente nel diritto», osservando che la realtà giuridica italiana non sempre combacia con questi modelli posto che «il diritto – o, almeno, il linguaggio del legislatore – conosce la figura del diritto scompagnato dal potere giuridico dell'esercizio»; da ciò la seguente conclusione: «Quando le parole debbono indicare qualcosa che non ha consistenza (com'è, appunto, il diritto scompagnato dalla possibilità giuridica di esercitarlo), ci pare che il vocabolo adatto allo scopo sia quello più poetico». Si veda inoltre l'acuta analisi di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2013, 367 ss.

[80] Cfr. S. DELLE MONACHE, sub *art. 1388*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, artt. 1387-1424, Torino, 2012, 14.

[81] Pure nel caso di affidamento del figlio minorenne a un solo genitore a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio, ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, non tutti i poteri vengono riconosciuti in capo al genitore affidatario, al quale spetta appunto l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale. L'art. 337 *quater*, infatti, prevede che le decisioni di maggiore interesse per i figli debbano essere adottate da entrambi i genitori. Si veda D. DI SABATO, *Spunti di riflessione sulla potestà dei genitori alla luce di alcuni recenti interventi del legislatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 1000, la quale, con riferimento all'ipotesi di impedimento di uno dei genitori disciplinata dall'art. 317 c.c., ravvisa una *dissociazione* tra titolarità ed esercizio, più riconducibile al concetto di sostituzione, supplenza che di scissione assoluta e definitiva. V. anche C. IRTI, sub *art. 155 bis*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, *art. 155-155 sexies*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, Bologna-Roma, 2010, 241-242.

[82] In questo caso, peraltro, il Tribunale per i minorenni valuterà se disporre il rimpatrio. In proposito, l'art. 8 della l. n. 47/2017 dispone che «il provvedimento di rimpatrio assistito e volontario di un minore straniero non accompagnato è adottato, ove il ricongiungimento con i suoi familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo corrisponda al superiore interesse del minore, dal Tribunale per i minorenni competente, sentiti il minore e il tutore e considerati i risultati delle indagini familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo e la relazione dei servizi sociali competenti circa la situazione del minore in Italia».

[83] Sui profili di competenza, si rinvia a E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accerta-*

gere alla determinazione «in via principale», per mezzo di documenti anagrafici acquisibili dall'autorità di pubblica sicurezza anche avvalendosi della collaborazione delle autorità diplomatico consolari (art. 19 *bis*, comma 3, d. lgs. 214/2015).

La permanenza di «dubbi fondati» è, pertanto, il presupposto che giustifica il *tipo* di indagine, che si connota per un certo grado di invasività nella sfera personale.

Ora, la mancanza del documento anagrafico e di altre informazioni ricevute dal bambino nel corso del colloquio o dalla stessa autorità diplomatico-consolare, quando interpellata, normalmente è accompagnata, nella pratica, dall'ignoranza dell'identità dei genitori del minore. In tal caso, evidentemente, l'adempimento comunicativo all'esercente la responsabilità genitoriale del risultato dell'accertamento socio-sanitario non avrebbe ragione di essere.

Tuttavia, non è escluso che anche in assenza del documento anagrafico, i genitori possano essere comunque identificati sulla base dei risultati del colloquio con il minore o di altre fonti di informazione *immediatamente disponibili*, senza cioè dover attendere i risultati dell'istruttoria disposta dal comma 7 dell'art. 19 d. lgs. n. 142/2015 [84]; il quale prevede l'avvio *tempestivo* di ogni iniziativa per l'individuazione dei familiari del minore straniero non accompagnato al fine di garantire il diritto all'unità familiare [85]. Queste indagini potrebbero richiedere tempi molto lunghi e comunque incompatibili con la necessità di garantire nel più breve tempo possibile una protezione definitiva al bambino; peraltro, esse sono funzionali a garantire il diritto all'unità familiare e non gli altri diritti fondamentali del minore, i quali esigono una tutela immediata, conforme al suo interesse [86].

---

mento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della L. 47/2017, cit., 18 ss. Si veda, inoltre, Trib. min. Trieste, decr., 12 luglio 2017, in *www.ilcaso.it*, il quale ritiene che il procedimento di accertamento socio sanitario sia da «attivarsi e seguirsi dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni (…)» e che «secondo un'interpretazione letterale e sistematica delle norme (…), il "provvedimento di attribuzione dell'età" sia un provvedimento di natura decisoria rimesso al giudice, che si colloca all'esito degli accertamenti demandati dalla norma al Pubblico ministero».

[84] Non pare, infatti, conforme alle esigenze di effettività della tutela avviare, in questa fase, un'apposita istruttoria per ricercare i genitori. Ciò allungherebbe in modo irragionevole i tempi con inevitabile pregiudizio per la persona da proteggere.

[85] Cfr. T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. / aprile 2017, n. 47,* cit., 33. La disposizione normativa aggiunge che «il Ministero dell'interno, sentiti il Ministero della giustizia e il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, stipula convenzioni, sulla base delle risorse disponibili del fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, con organizzazioni internazionali intergovernative e associazioni umanitarie, per l'attuazione di programmi diretti a rintracciare i familiari dei minori non accompagnati». In sostanza, in base a tale norma, dal momento in cui il bambino è ricevuto nel centro di prima accoglienza, devono essere attivate tutte le iniziative possibili, anche in base a convenzioni stipulate dal governo con organizzazioni internazionali, al fine di rintracciare il familiare del minore non accompagnato. La disposizione precisa inoltre che «le ricerche ed i programmi diretti a rintracciare i familiari sono svolti nel superiore interesse dei minori e con l'obbligo della assoluta riservatezza, in modo da tutelare la sicurezza del richiedente e dei familiari».

[86] Su tale profilo si veda, in particolare, G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali,* in *Pol. dir.*, 1998, 167 ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema del diritto civile*, in *Fam. dir.*, 1999, 80 ss.; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 86 ss.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui si giunga a conoscere l'identità dei genitori in modo immediato e rapido, nel corso del primo colloquio con il bambino, si fa fatica a ravvisare valide ragioni che, nel procedimento di identificazione del minore, giustifichino il coinvolgimento degli stessi soltanto nella fase di comunicazione dei risultati dell'accertamento socio-sanitario volto alla determinazione dell'età.

Più precisamente, è ben possibile che, pur se non previsto espressamente, l'autorità di pubblica sicurezza, anche per il tramite delle autorità diplomatico-consolari, coinvolga l'esercente la responsabilità genitoriale già in sede di assunzione di informazioni sull'identità del bambino, in ossequio ai principi generali che presiedono l'azione amministrativa e al principio del *best interest of the child*. Quest'ultima regola fondamentale, peraltro, funge sempre da criterio di giudizio dell'opportunità dell'attivazione del contatto, anche nella fase di determinazione dell'età per mezzo di accertamenti socio-sanitari.

Ebbene, l'eventuale contatto con l'esercente la responsabilità genitoriale (il genitore) per acquisire informazioni sull'identità del minore potrà verosimilmente dar luogo a tre possibili esiti: a) il genitore comunica un'informazione attendibile; b) il genitore rimane reticente; c) il genitore comunica un'informazione non attendibile. Nel primo caso, non si procederà con gli esami socio-sanitari volti alla determinazione dell'età e quindi non si pone il problema della comunicazione dei relativi esiti; nelle altre due ipotesi, invece, la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni avrà ragione di disporre quegli accertamenti. Ma comunque rimane oscuro il profilo funzionale dell'obbligo di comunicazione dell'esito degli esami socio-sanitari al genitore risultato reticente o mendace, in sostanza poco affidabile.

Per di più, se l'esercente la responsabilità genitoriale non fosse concorde con il risultato dell'accertamento, egli non potrebbe opporsi perché non è riconosciuto in capo a lui alcun potere di impugnativa; non a caso la legge dispone la mera *comunicazione* e non la *notificazione*, come avviene invece, nei riguardi dell'esercente i poteri tutelari, per il provvedimento finale di attribuzione dell'età. L'opinione di quel genitore, allora, potrebbe tutt'al più essere presa in considerazione dal tutore nel momento in cui svolge le valutazioni per decidere se impugnare il provvedimento. Ma anche rispetto a questa possibilità si oppone l'esperienza pratica, atteso che il tutore avrà un approccio molto diffidente nei confronti dei rilievi avanzati dall'esercente la responsabilità genitoriale, che in sede di acquisizione delle informazioni sull'età del bambino è rimasto reticente o mendace.

In definitiva, anche nell'ipotesi in cui i genitori siano conosciuti dall'autorità, l'adempimento comunicativo del risultato dell'accertamento socio-sanitario volto alla determinazione dell'età del bambino straniero non accompagnato pare privo di senso. Ma, trattandosi di un adempimento procedurale, la sua irragionevolezza si traduce in un pregiudizio per il minore, il cui interesse esige una protezione *immediata*, senza perdite inutili di tempo.

Ritorna allora l'interrogativo di partenza volto a chiarire il significato di quel riferimento, del tutto estemporaneo, all'esercente la responsabilità genitoriale, quando invece nelle fasi prece-

denti e successive della procedura compare soltanto la figura dell'esercente i poteri tutelari. Una questione ermeneutica, questa, da analizzare nella piena consapevolezza del fatto che «quando in un documento legislativo un vocabolo ricorre in una accezione tecnicizzata, non è consolidata la presunzione che anche in tutti gli altri documenti legislativi dello stesso sistema il vocabolo ricorra nella stessa accezione tecnicizzata» [87].

A noi pare, invero, che l'utilizzo della categoria responsabilità genitoriale sia avvenuto, ad opera del legislatore, associando ad essa un significato diverso da quello (rigido e tecnico) attribuito alla medesima dal diritto interno della filiazione. Segnatamente, se si esclude, per le ragioni illustrate e alla luce del principio di effettività (e di ragionevolezza), che si sia voluto coinvolgere, nella specifica fase procedurale, *esclusivamente* il genitore, la responsabilità genitoriale non può che essere associata al significato (elastico e atecnico [88]) che ad essa è attribuito dalle fonti extrastatuali, che per prime l'hanno impiegata.

Il riferimento è, in particolare, al Reg. CE n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, il quale all'art. 2, n. 7, definisce la responsabilità genitoriale come l'insieme dei «diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni del minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di vita». Un'ampiezza semantica, quindi, che si spinge ben oltre la relazione genitore-figlio, comprendendo anche il rapporto tra il minore e un soggetto diverso dal genitore, che sia titolare di una situazione giuridica soggettiva sulla persona del minore stesso o sui suoi beni. La medesima estensione semantica, anche più esplicita, connota la categoria nel sistema della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996; la quale, all'art. 2, lett. b), considera «detentori della responsabilità genitoriale» non soltanto i genitori, ma pure «altre persone o organi abilitati ad esercitare tutte o parte delle responsabilità genitoriali».

In questo significato, capace di includere molteplici rapporti giuridici di cui sia parte un minore, rientra evidentemente anche il tutore minorile o chi esercita le sue funzioni anche in via provvisoria [89]. In questi termini, assume senz'altro valore ermeneutico l'art. 5 del D.P.C.M. 10 novembre 2016, n. 234 [90], che indicando i destinatari della comunicazione dei risultati della procedura di accertamento dell'età mediante esami socio-sanitari, annovera accanto al giudice tute-

---

[87] G. TARELLO, *L'interpretazione della legge,* cit., 111. L'A. osserva che «si manifesta talvolta in dottrina la tendenza a presumere implicitamente la costanza terminologica del legislatore, ma questa tendenza dottrinale non si è mai potuta tradurre in prassi applicativa perché urta contro una barriera costituita da risultati di insensatezza che verrebbero attribuiti a taluni enunciati legislativi».

[88] Così, G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, cit., 791.

[89] Già la letteratura più risalente accostava il tutore al ruolo del genitore nell'educazione del minore; v., in tal senso, G. BISEGNA, voce *Tutela e curatela*, cit., 933.

[90] Vedi *supra* nota n. 58.

lare e al presunto minore, il tutore o la persona che esercita, anche temporaneamente, i poteri tutelari.

Soltanto se attrezzata di questi contenuti, la procedura istituita dalla l. n. 47/2017, volta a definire l'identità del minore, appare sorretta da quel rigore che la rende ragionevole e idonea a realizzare l'effettività della tutela

Se così è, non può comunque passare inosservata la singolarità del fatto che un atto normativo frutto di una scelta politica "puramente" interna utilizzi una categoria presente nell'ordinamento con un proprio significato *tipico*, associandola però al significato che essa assume in altri contesti ordinamentali [91]. Sorge allora la domanda: siamo forse in presenza di un segnale di ripensamento, da parte del legislatore, di valutazioni normative precedentemente operate? È evidente, infatti, che tale *defaillance* sostiene la critica che una dottrina particolarmente acuta ha mosso alla scelta del legislatore del 2013 di sostituire la categoria della «potestà genitoriale» con la «responsabilità genitoriale» [92], attribuendole un significato diverso da quello associato alla medesima espressione dalle fonti internazionali e sovranazionali che ad essa hanno fatto ricorso ben prima del legislatore interno [93]; con la conseguenza che non si è realizzato un adeguamento dell'ordinamento italiano agli altri ordinamenti, ma una sovrapposizione di categorie che pur nell'identità lessicale differiscono nel significato. Tant'è che quella stessa dottrina, nel tracciare il campo semantico della «responsabilità genitoriale» introdotta dalla riforma del diritto della filiazione, giunge alla conclusione che «nonostante il mutamento di terminologia, la situazione giuridica oggi designata come responsabilità genitoriale è sostanzialmente identica alla situazione giuridica che un tempo il codice civile designava come potestà, così come ricostruita ed intesa dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, con orientamenti interpretativi largamente consolidati» [94].

---

[91] Si vedano, in proposito, le considerazioni svolte da N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 28-34.

[92] Il riferimento è, in particolare, a G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 782 ss., il quale osserva che l'art. 2 della legge di riforma n. 219/12 «si era limitato ad annoverare, fra i principi e i criteri direttivi di cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercitare la delega così conferita, l'"unificazione delle disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati dal matrimonio e dei figli nati fuori dal matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale"». Pertanto, l'A. osserva che la sostituzione della "potestà genitoriale" con la "responsabilità genitoriale", operata dal d. lgs. 154/13, non era imposta «né tantomeno autorizzata dalla legge delega». Egli conclude ritenendo che non vi sia dubbio «che – sostituendo integralmente la nozione di "potestà genitoriale" con quella di responsabilità genitoriale, il Governo sia incorso (non in un semplice eccesso di delega, bensì) in una vera e propria violazione di un criterio direttivo – espressamente dettato dall'art. 2, comma 1°, lett. *h*, della l. n. 219/12 – cui avrebbe dovuto attenersi nel redigere il decreto legislativo attuativo della delega» (*op. cit.*, 786).

[93] G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, cit., 782 ss. Dello stesso A. si veda anche *sub art. 316 c.c.*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN, Padova, 2016.

[94] G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 795. V. inoltre M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.,* 2013, 236; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*,

5. – *Segue.* L'ipotesi ricostruttiva appena proposta pare confermata anche nell'altra innovazione operata dalla l. n. 47/2017 sul d. lgs. n. 142/2015, consistente nell'inserimento dei commi 7 *bis, ter, quater* nell'art. 19; essa comunque risulta avvalorata da tutto l'impianto di quest'ultima norma coordinata con l'art. 19 *bis*.

La procedura di accoglienza, disciplinata appunto dall'art. 19, prevede che al primo contatto con un bambino straniero non accompagnato debbano seguire misure di protezione e soccorso *immediate*, le quali si traducono nella sistemazione in strutture governative di prima accoglienza.

L'*immediatezza* assurge a principio generale di efficacia e di effettività dello specifico regime di tutela ed è espressa anche dalle tempistiche che devono scandire il procedimento: la sistemazione nella struttura di prima accoglienza deve durare il tempo *strettamente necessario* all'identificazione che deve concludersi entro dieci giorni e all'eventuale accertamento dell'età e comunque per non più di trenta giorni[95]. In questo breve periodo di permanenza nella struttura, il minore è reso edotto dei diritti fondamentali di cui è titolare e delle modalità attraverso le quali esercitarli; gli è inoltre garantito un colloquio con uno psicologo dell'età evolutiva, se necessario in presenza di un mediatore culturale, finalizzato a conoscere la sua situazione personale, le ragioni e le circostanze della partenza dal suo paese di origine e del viaggio effettuato, «nonché le sue aspettative future». Anche in tal caso il colloquio dovrà svolgersi nella piena osservanza del diritto all'ascolto di cui è titolare il minore.

Già questi adempimenti informativi e ricognitivi possono giungere a scardinare quel principio di immediatezza che deve ordinare le *provvisorie* misure di protezione attivate nel momento del primo contatto col minore straniero non accompagnato; ma tale pericolo destabilizzante si coglie anche nel momento in cui si tenta di operare il coordinamento tra la disciplina dell'accoglienza e quella dell'identificazione del bambino istituita dall'art. 19 *bis*, da espletarsi pure nella struttura che lo ha accolto subito dopo il ritrovamento. Una procedura, quest'ultima, che, come abbiamo poc'anzi illustrato, prevede una pluralità di adempimenti particolarmente complessi. Lo stesso colloquio con il minore straniero non accompagnato, che deve seguire al contatto o alla segnalazione all'autorità competente, implica l'ascolto e prevede il concorso di più professionalità, coordinate tra loro, richiedendo, evidentemente, non poco tempo. La situazione, poi, si complica nel caso in cui permangano dubbi fondati in merito all'età; la quale potrà essere accertata per il tramite di esami socio-sanitari, che richiedono l'osservanza di una procedura i cui tempi, ancora una volta, rischiano di deludere quelli disposti dal legislatore.

In pratica, il termine di trenta giorni previsto dall'art. 19, attuativo del principio di immediatezza, rischia di rivelarsi un miraggio, violando il principio di effettività, con indubbie conseguenze pregiudizievoli sulla sfera giuridica e psichica del minore.

Questo problema – il quale incide su un principio che presiede la validità, il funzionamento

---

2013, 214; G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*.

[95] Termine così ridotto, rispetto ai precedenti sessanta giorni, dalla l. n 47/2017.

del diritto in generale[96] – va incontro a un aggravio ulteriore per quanto disposto, in modo evidentemente disordinato, dall'art. 19, comma 7 *bis* (pure introdotto dalla l. n. 47/2017). La disposizione prevede che nei cinque giorni successivi al colloquio di cui all'art. 19 *bis*, comma 1, l'esercente la responsabilità genitoriale, «anche in via temporanea», invia una relazione all'ente convenzionato, che avvia subito le indagini, sempre che tutto ciò non costituisca un rischio per il minore o per i suoi familiari e che sussista il consenso informato dello stesso minore nonché la conformità al suo interesse.

Il testo fa cadere l'interprete, ancora una volta, in uno stato di grave smarrimento, facendo fatica a immaginare l'operatività in concreto della scansione procedurale, l'osservanza delle tempistiche richieste dalla legge e dunque, del principio di *immediata* protezione del minore. Difficoltà, queste, non facilmente superabili nemmeno in via ermeneutica, ricostruendo un significato non vincolato a quello già formalmente associato alle categorie invocate[97].

Analizzando più da vicino la prescrizione normativa – la quale richiede in tempi brevissimi una *relazione* dell'esercente la responsabilità genitoriale *previo* consenso informato del minore interessato e verifica della conformità al suo interesse – il problema che si pone, anzitutto in termini pratici, sta nel conciliare i due momenti dell'atto (la relazione), che pare essere discrezionale e non imposto, e del previo consenso informato del minore in uno con la valutazione (oggettiva) della conformità al suo superiore interesse. Sul piano operativo, potrebbe essere necessario che l'esercente la responsabilità genitoriale intenzionato ad inviare una relazione all'ente convenzionato, comunichi prima questa sua volontà per acquisire il consenso del minore interessato e il giudizio di conformità al suo interesse; i quali, se mancano, impediscono la relazione.

Se poi il riferimento all'esercente la responsabilità genitoriale fosse unicamente limitato ai genitori, tenuto conto che si tratta di un minorenne che giunge in Italia *solo*, pare possano prospettarsi due possibili situazioni: a) durante il colloquio o immediatamente dopo giunge all'ente convenzionato la relazione del genitore; b) durante il colloquio vengono raccolte informazioni sull'identità del genitore, il quale però non ha inviato alcuna relazione. Nel primo caso, tuttavia, sembra maggiormente verosimile l'ipotesi che il bambino porti con sé la relazione, posto che risulta difficile pensare, in concreto, che essa "viaggi" separatamente a lui e dopo aver acquisito il suo consenso. Infatti, il colloquio cui si riferisce il dettato normativo è quello che deve essere condotto dal personale qualificato della struttura di prima accoglienza con il minore straniero al momento in cui entra «in contatto o è stato segnalato all'autorità di polizia, ai servizi sociali o ad altri rappresentanti dell'ente locale o all'autorità giudiziaria». La funzione di questo colloquio è raccogliere tutti gli elementi utili alla ricostruzione della storia personale del bambino e ogni altro elemento utile a individuare la misura di protezione più aderente al suo interesse.

Ne discende che trattandosi dei primi momenti in cui viene ascoltato il bambino straniero, il

---

[96] Si rinvia a P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*.

[97] Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 34 ss.

primo accertamento che verrà operato e che assurge a condizione di attuazione di tutta la procedura è la sua situazione di bambino *solo*, in stato di abbandono contingente, in quanto non accompagnato dai soggetti cui compete la rappresentanza e l'assistenza nei suoi riguardi. In questo scenario pare difficile pensare a una relazione che dovrebbe essere inviata, in tempi brevi, all'ente convenzionato dai genitori del bambino.

Nel caso in cui, invece, il genitore indentificato non invii la relazione, quest'ultima, se intesa come atto discrezionale, non potrebbe essere pretesa dall'ente convenzionato, nemmeno in presenza del consenso del minore e della conformità al suo interesse.

Insomma, anche in tale ambito il riferimento all'esercente la responsabilità genitoriale pare non possa ritenersi limitato al genitore, ma debba intendersi comprensivo anche di altre figure, ivi compreso il tutore.

Lo dimostra, tra l'altro, il passaggio in cui il legislatore prevede l'invio della relazione anche in capo all'esercente la responsabilità genitoriale «in via temporanea»; atteso che il diritto civile italiano della filiazione non conosce la fattispecie dell'esercizio *temporaneo* della responsabilità genitoriale [98] – posto che essa appartiene unicamente ai genitori, i quali possono soltanto decadere (art. 330 c.c.) o essere destinatari di limitazioni (art. 333 c.c.) – il riferimento pare piuttosto debba intendersi alla figura del tutore provvisorio o di chi esercita temporaneamente i poteri tutelari [99] e quindi, di nuovo, al significato che la responsabilità genitoriale assume nel diritto europeo di matrice essenzialmente internazionalprivatistica.

Rimane comunque oscuro il senso e il contenuto di codesta relazione; l'unica precisazione operata dal legislatore riguarda l'attività che ad essa deve seguire ovvero l'avvio di indagini, non ulteriormente specificate, lasciando l'interprete nel dubbio se esse debbano riguardare la veridicità di quanto dichiarato nella relazione oppure ulteriori aspetti.

Insomma, anche tale adempimento, connotato dalla vaghezza, imprecisione e illogicità empirica, mette a rischio la speditezza della procedura e dunque l'immediatezza della protezione del superiore interesse del minore.

---

[98] L'art. 5 della l. n. 184/1983 riconosce all'affidatario l'esercizio «dei poteri *connessi* con la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie». Ma questo non significa esercizio temporaneo della responsabilità genitoriale.

[99] Si veda in proposito, ad esempio, l'art. 6, comma 3, l. n. 47/2017 e l'art. 3, comma 1, l. n. 184/1983.