



# Accademia

Rivista dell'Associazione dei civilisti italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero **due** Maggio - Agosto 2023

## • CONFRONTI

*Salvatore Patti, Carmelita Camardi, Claudio Scognamiglio,  
Paola Iamiceli, Pasquale Femia, Pietro Sirena,  
Carlo Granelli, Matilde Girolami, Alberto Maria Benedetti,  
Armando Plaia, Roberto Senigaglia, Nicolò Lipari,  
Filippo Nappi*

## • ORIENTAMENTI

*Luigi Rovelli, Riccardo Omodei Salè, Martina D'Onofrio,  
Carolina Magli*

## • OPINIONI

*Valentina Di Gregorio, Giulia Donadio, Andrea  
Dalmartello, Massimo D'Auria, Alfio Guido Grasso*

## • INTERSEZIONI

*Andrea Barenghi, Lucia Bozzi, Maria Vita De Giorgi,  
Pasquale Femia, Roberto Conti, Antonio Ruggeri,  
Tommaso dalla Massara*

## • OSSERVATORI

*Angelo Venchiarutti, Mauro Grondona*

**Direttore editoriale/Editor-in-chief:**

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

**Vicedirettore/ Deputy director:**

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

**Comitato Editoriale/Editorial Board:**

Maria Astone – Università di Messina  
Angelo Barba – Università di Siena  
Francesca Bartolini – Università Link di Roma  
Elena Bargelli – Università di Pisa  
Ettore Battelli – Università di Roma Tre  
Elena Bellisario – Università di Roma Tre  
Claudia Benanti – Università di Catania  
Valentina Calderai – Università di Pisa  
Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia  
Francesca Cristiani – Università di Pisa  
Massimo D'Auria – Università di Siena  
Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale  
Matteo Dellacasa – Università di Pavia  
Valentina Di Gregorio – Università di Genova  
Chiara Favilli – Università di Pisa  
Fulvio Gigliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro  
Mauro Grondona – Università di Genova  
Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II  
Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope  
Riccardo Omodei Salè – Università di Verona  
Stefano Pagliantini – Università di Siena  
Teresa Pasquino – Università di Trento  
Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II  
Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro  
Nicola Rizzo – Università di Pavia  
Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata  
Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano  
Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

**Comitato di Redazione/Editorial Staff:**

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa  
Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia  
Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano  
Francesca Cerea – Università di Bergamo  
Martina D'Onofrio – Università di Siena  
Andrea Maria Garofalo – Università di Trento  
Antonello Iuliani – Università di Siena  
Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia  
Susanna Sandulli – Università di Roma Tre  
Daniela Santaripa – Università di Siena  
Elisa Stracqualursi – Università di Pisa  
Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

**Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:**

Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza  
Aurelio Gentili – Università di Roma Tre  
Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

**Valutatori/Referee**

Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Enrico Camilleri (Università di Palermo) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Donato Carusi (Università di Genova) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Lara Modica (Università di Palermo) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Lilliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Michele Sesta (Università di Bologna).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*single blind peer-review*) nel rispetto dei criteri indicati nell'art. 9 del vigente regolamento Anvur.

© Copyright 2023 – Accademia Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269

Rivista online in open access periodicità quadrimestrale  
ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:  
Roma

*Produzione e distribuzione*

Pacini Editore srl – Via Gherardesca 1 – 56121 Pisa Ospedaletto  
– tel. 050 313011

**Sommario** p. 405

## **CONFRONTI**

- SALVATORE PATTI, La didattica del diritto privato, oggi | *Teaching private law, nowadays* » 407
- CARMELITA CAMARDI, I manuali, le dinamiche delle fonti e il metodo | *Handbooks, sources' dynamics and methodology* » 411
- CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, Interferenze disciplinari, vecchia e nuova dogmatica | *Interdisciplinary interactions, old and new dogmatics* » 425
- PAOLA IAMICELI, L'insegnamento del diritto privato: la prospettiva europea e comparata | *Teaching of private law: the European and comparative perspective* » 439
- PASQUALE FEMIA, Dentro e fuori. La didattica del diritto privato oggi | *Inside and outside. Teaching private law nowadays* » 459
- PIETRO SIRENA, Internazionalizzazione degli studi giuridici e lingua dell'insegnamento universitario | *Internationalization of legal studies and teaching language* » 477
- CARLO GRANELLI, Innovare i manuali | *Innovating handbooks* » 485
- MATILDE GIROLAMI, I manuali nella scuola patavina | *Handbooks in Paduan school* » 489
- ALBERTO MARIA BENEDETTI, Il diritto privato nei manuali, tra verità e illusioni | *Private law in handbooks, between the truth and illusions* » 497
- ARMANDO PLAIA, Il problema delle Istituzioni di diritto privato al tempo del "particolarismo manualistico" | *The problem of private law institutions in the time of 'Manualistic particularism'* » 501
- ROBERTO SENIGAGLIA, 'Perché' e 'come' ripensare i manuali | *'Why' and 'how' to rethink handbooks* » 507

NICOLÒ LIPARI, Conclusioni   <i>Conclusive remarks</i>	»	517
FILIPPO NAPPI, I valori del sapere prudenziale nella formazione del giurista   <i>The values of prudential knowledge in lawyers education</i>	»	523

## ORIENTAMENTI

LUIGI ROVELLI, Variazioni sul tema dell'abuso del diritto e del principio di correttezza nel diritto societario   <i>Variations on abuse of right and fairness principle in corporate law</i>	»	557
RICCARDO OMODEI SALÈ, Espropriazione non eseguita e situazioni possessorie, tra fisiologia e patologia nel comportamento dei soggetti coinvolti   <i>Unexecuted expropriation and possessory situations, between physiology and pathology in the behavior of the involved parties</i>	»	621
MARTINA D'ONOFRIO, Questioni ancora attuali in tema di <i>institutio ex re certa</i>   <i>Controversial issues about the institutio ex re certa</i>	»	635
CAROLINA MAGLI, La violazione degli obblighi informativi e la discussa nullità del contratto di <i>interest rate swap</i>   <i>Violation of information duties and the controversial nullity of the interest rate swap contract</i>	»	647

## OPINIONI

VALENTINA DI GREGORIO, La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia   <i>Family mediation in the new family trial</i>	»	679
GIULIA DONADIO, Attività negoziale e regime autorizzativo nella nuova volontaria giurisdizione   <i>Negotial activity and authorization regime in the new voluntary jurisdiction</i>	»	699
ANDREA DALMARTELLO, La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato. Il caso del recesso ( <i>ius poenitendi</i> )   <i>Consumer protection as a market regulatory tool. The case of withdrawal (ius poenitendi)</i>	»	713
MASSIMO D'AURIA, Convivenza <i>more uxorio</i> e impresa familiare   <i>More Uxorio cohabitation and family business</i>	»	741
ALFIO GUIDO GRASSO, Adozione aperta. Tra conservazione dei rapporti con la famiglia d'origine e ridefinizione in un nuovo nucleo familiare. Dov'è l'interesse del minore?   <i>Open adoption. Between preservation of relation with the family of origin and redefinition in a new family unity. Where is the interest of the child?</i>	»	749

## INTERSEZIONI

- ANDREA BARENGHI, L'umanesimo giuridico in un libro di Donato Carusi  
Carusi | *Legal humanism in a book by Donato Carusi* » 771
- LUCIA BOZZI, Domande, riflessioni e suggestioni sparse a margine del  
volume di Donato Carusi | *Questions, reflections and suggestions in the  
Donato Carusi's book* » 777
- MARIA VITA DE GIORGI, *Lectrix in fabula* | *Lectrix in fabula* » 783
- PASQUALE FEMIA, Letteraria terapia: divagando con Donato | *Literary  
therapy: digressing with Donato* » 789
- ROBERTO CONTI - ANTONIO RUGGERI, Verità e Costituzione | *Truth and Con-  
stitution* » 821
- TOMMASO DALLA MASSARA, Una riflessione sulla ricerca giuridica con-  
dotta mediante la comparazione diacronica | *A Reflection on legal re-  
search conducted through diachronic comparison* » 837

## OSSERVATORI

- ANGELO VENCHIARUTTI, Sfogliando le riviste francesi | *Reading French Reviews* » 853
- MAURO GRONDONA, *The Making of the Civil Codes*: la forza del codice, o il  
codice della forza? | *The making of civil codes: the code's power or the  
power's code?* » 869



## SOMMARIO

Il lettore avveduto coglierà il *fil rouge* che lega i testi raccolti nella sezione **CONFRONTI** a quelli che appaiono nella sezione **INTERSEZIONI**. La prima ospita gran parte delle relazioni presentate al recente Convegno veneziano dedicato, con il patrocinio di Accademia, alla didattica del diritto privato, nella seconda sono riportate alcune riflessioni di Andrea Barenghi, Lucia Bozzi, Maria Vita de Giorgi e Pasquale Femia, sollecitate dal prezioso volume *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura* nel quale Donato Carusi disegna con accurata passione l'immagine che del giuridico emerge dalle pagine di libri che al diritto non sono espressamente dedicati.

Due generi, due forme letterarie, due modi di avvicinarsi al diritto, forse meno distanti di quanto potrebbe apparire a prima vista se è vera l'osservazione che formula Nicolò Lipari nelle conclusioni del Convegno: il diritto non è dato ma va cercato.

Al tema della didattica del diritto – merita ricordare che giusto quaranta anni fa Natalino Irti aveva promosso il Convegno 'L'insegnamento del diritto privato' - sul quale dialogano ora Salvatore Patti, Carmelita Camardi, Claudio Scognamiglio, Paola Iamiceli, Pasquale Femia, Pietro Sirena, Carlo Granelli, Matilde Girolami, Alberto Benedetti, Armando Plaia e Roberto Senigaglia, è anche dedicato il

pensoso contributo di Filippo Nappi sulla formazione del giurista, a testimonianza di come dell'argomento sia da molti avvertita l'importanza in una stagione nella quale da un lato è notevolmente aumentato il numero dei manuali di diritto privato, dall'altro si andata ampliando oltre i confini del codice la stessa area della materia alla quale loro tramite è indirizzato lo studio.

La necessità di analizzare le questioni poste dalla scienza pratica viene declinata con una articolata pluralità di accenti nella sezione **ORIENTAMENTI**. Luigi Rovelli rilegge l'abuso del diritto nella prospettiva del diritto societario; Riccardo Omodei Salè, sollecitato dalla pronuncia delle Sezioni unite, torna su un tema cui aveva dedicato uno approfondito studio monografico ed esamina i riflessi che sul piano possessorio determina il decreto di esproprio; Martina D'Onofrio ripercorre il significato da attribuire all'antica regola della *institutio ex re certa*; Carolina Magli fa il punto sulla giurisprudenza di legittimità in tema di contratti derivati.

La recente riforma che ha investito codice di rito non solo ha riscritto molte regole del processo, ma ha determinato riflessi sul piano sostanziale dei rapporti. Su due di tali profili ferma l'attenzione la sezione **OPINIONI**. Valentina Di Gregorio mette a fuoco

il ruolo che riveste o meglio dovrebbe rivestire la mediazione nel nuovo processo di famiglia, mentre Giulia Donadio esamina e precisa il ruolo ora attribuito al notaio in materia di autorizzazioni al compimento di atti dell'incapace. Nella medesima sezione Andrea Dalmartello torna sull'istituto del recesso valorizzando, anche alla luce di nuove norme europee, il ruolo di regolatore del mercato proprio del diritto dei consumatori; Massimo D'Auria riflette sulla rimessione alle Sezioni unite della questione relativa all'estensione al convivente *more uxorio* della disciplina dell'impresa familiare; Alfio Grasso affronta la per molti versi problematica rimessione alla Corte costituzionale degli effetti dell'adozione quanto alla cessazione dei rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine. La vocazione all'apertura ad altre esperienze rende particolarmente ricca la sezione **INTERSEZIONI** che non si esaurisce nei contributi su diritto e letteratura già prima richiamati. In questo numero la sezione accoglie anche l'intervista di Roberto Conti ad Antonio Ruggeri sul tema intrigante 'Verità e Costituzione'. E va avvertito che non si tratta di un contributo isolato, bensì l'inizio di un percorso nel quale l'idea 'verità' sarà al centro di altre interviste nelle quali Roberto Conti continuerà il dialogo anche con esponenti del mondo dell'informazione, delle scienze sociali, delle professioni, nel tentativo di sondare il significato di un termine che già per il suo declinarsi anche al plurale appare intrigante ed al contempo

essenziale per l'intelligenza della realtà.

La medesima sezione ospita l'importante studio di Tommaso dalla Massara sulla comparazione diacronica come metodo di ricerca. Uno studio che si salda idealmente con quanto aveva lucidamente esposto quaranta anni fa Paolo Grossi in occasione del Convegno sull'insegnamento del diritto prima ricordato, affermando la necessità di privilegiare 'il divenire del pensiero giuridico'. Un programma, sul quale tutti noi dovremmo riflettere, che Pietro Rescigno aveva già tracciato nella prefazione della prima edizione – del 1973, un'altra ricorrenza! – del suo manuale, esprimendo la «*convinzione che vicenda storica, ragione politica coerenza tecnica degli istituti siano momenti di una riflessione unitaria, per chi voglia interpretare l'esperienza del diritto*».

Angelo Venchiarutti prosegue il progetto degli **OSSERVATORI** illustrando temi di recente dibattuti sulle riviste francesi e nella medesima sezione Mauro Grondona allarga ancor di più l'orizzonte confrontandosi con la recente ed assai interessante indagine diretta da Michele Graziadei e Lihong Zhang sulle esperienze internazionali del 'fare' i codici civili.

In tal modo, riflettendo sul fenomeno codice come oggetto di studio, viene riproposto in una diversa prospettiva il tema della didattica del diritto privato segnalato in apertura del percorso tratteggiato circa i contenuti del secondo fascicolo di **ACCADEMIA**: buona lettura!





### La didattica del diritto privato, oggi

**Convegno “La didattica del diritto privato, oggi. Metodo e contenuti”, Venezia, 8 giugno 2023**



*Salvatore Patti*

Ringrazio Carmelita Camardi, «regista» di questo incontro, alla quale darò tra poco la parola affinché svolga la relazione introduttiva.

Come diceva prima Claudia Irti, ognuno di noi riflette su quello che fa. Insegniamo (o insegnavamo) il diritto privato e adoperiamo, più o meno coscientemente, un metodo piuttosto che un altro. Tuttavia, credo che ciascuno di noi, chiamato a riflettere sulla didattica del diritto privato, sia indotto anzitutto a pensare al tempo che lo ha visto studente, cioè al periodo in cui era destinatario dell'insegnamento. Nel mio caso, credo che si tratti di un'esperienza interessante: ho studiato a Catania, in anni in cui nella facoltà giuridica catanese erano presenti grandi giuristi. Ho vissuto il '68, ero studente quando si è svolta quella sorta di rivoluzione, a Catania molto sentita, che – tra l'altro – mirava a scardinare il tradizionale sistema di insegnamento. Qualcosa cambiò in quel momento. Ad esempio, Pietro Barcellona accentuò nelle sue lezioni la trattazione delle ragioni politiche delle norme, aspetti che prima si affrontavano con una certa prudenza. Giuseppe Auletta, Preside della facoltà, sollecitato dagli studenti a cambiare il metodo di insegnamento e soprattutto ad organizzare gruppi di studio – una nuova espressione, poiché prima i “gruppi” non esistevano – non abolì la lezione tradizionale, ma invitò gli studenti – ed io frequentavo il secondo anno e quindi le sue lezioni – a partecipare di pomeriggio o di sera a delle esercitazioni (definite appunto gruppi di studio) che hanno seguito un metodo rivoluzionario per quell'epoca e di estremo interesse ancora oggi. Il corso aveva ad oggetto i titoli di credito e il professore suggerì di non leggere il libro consigliato, che era il manuale di Asquini, ma di ragionare sotto la sua guida direttamente sulle norme e sui problemi.

Il mio Maestro, il Professor Bianca, ha sempre utilizzato le sentenze, mettendo in luce gli aspetti pratici del problema e l'*iter* che conduce alla decisione. Dopo poche lezioni introduttive iniziava l'analisi dei casi e quindi ci abituava a partire dalla questione pratica per pervenire alla soluzione attraverso l'esame del dato testuale e della giurisprudenza per individuare la norma effettivamente vigente. Questo metodo era molto apprezzato dagli studenti che «partecipavano» alla costruzione del caso e alla sua soluzione.

Dopo la laurea, ho avuto la fortuna di studiare per lunghi periodi di tempo in Germania e negli Stati Uniti, due esperienze molto diverse. In Germania, a Friburgo, ho fre-

quentato l'istituto di Hans Stoll, uno dei migliori civilisti tedeschi della seconda metà del secolo scorso, ho ascoltato le sue lezioni anche per migliorare la conoscenza della terminologia giuridica, ma ero soprattutto curioso di vedere per quali aspetti eventualmente si differenziavano le lezioni del maestro tedesco rispetto a quelle seguite a Catania. Le lezioni erano abbastanza simili: di tipo cattedratico, a volte abbastanza noiose. Stoll era molto timido, leggeva gli articoli del BGB e, senza guardare gli studenti, li commentava piuttosto rapidamente. L'aula era molto affollata ma alcuni studenti si allontanavano dopo poco tempo. In altre università tedesche il docente si limitava a leggere il celebre libro di Medicus con brevissimi commenti, lo studente poteva seguire sul testo. D'altra parte il termine *Vorlesung* (lezione universitaria) è il sostantivo del verbo *vorlesen*, che significa leggere per qualcuno.

Conclusa questa prima esperienza, e trasferitomi come borsista *Fulbright* a Stanford e poi a Yale, ho trovato un mondo diverso: non c'era un codice da leggere o da commentare, si partiva dai casi.

Quanto detto mi consente di indicare un primo collegamento. Il tipo di didattica e il metodo di insegnamento dipendono anzitutto dalle caratteristiche del sistema giuridico. Noi siamo abituati e ancora oggi non possiamo prescindere, già al primo anno, dal riferimento al codice civile e agli istituti. In altri ordinamenti questo non si verifica e lo studente viene posto immediatamente di fronte al problema, al caso. La norma, che si ricava soprattutto dai precedenti giurisprudenziali, viene ricostruita alla luce delle caratteristiche del caso. Lo studente, come libro di testo, utilizza un *casebook*. Al riguardo è interessante segnalare che il manuale tipico di alcuni paesi, tra cui il nostro, non esiste in altri. Per esempio non si trova in Germania: il cosiddetto *Handbuch*, è qualcosa di diverso, direi piuttosto un trattato breve, ben diverso dai nostri manuali. Gli studenti iniziano a leggere un libro dedicato alla c.d. parte generale, si pensi ai due famosi volumi di Karl Larenz, la parte generale (*Allgemeiner Teil*) e la parte speciale dedicata in primo luogo alle obbligazioni. Non si utilizza quindi un manuale, come noi lo intendiamo, ed è purtroppo tramontata la tradizione della *Einführung* alla scienza giuridica, che un tempo caratterizzava la fase iniziale degli studi nelle facoltà giuridiche tedesche. L'introduzione alla scienza giuridica, insegnamento che da noi era stato tenuto da Angelo Falzea a Messina, potrebbe forse essere utilmente reintrodotta nelle facoltà italiane.

In Germania lo studente dopo aver studiato la parte generale e il diritto delle obbligazioni, segue, ad esempio, il corso di diritto di famiglia utilizzando uno degli appositi manuali: lo stesso può ripetersi per la responsabilità civile e per le altre materie. Alle lezioni *ex cathedra*, seguendo una innovazione che risale a von Jhering, si accompagnano esercitazioni e seminari basati sull'esame di casi pratici, utilizzando spesso decisioni giurisprudenziali.

Qualcosa di simile accade negli Stati Uniti: ad esempio, a Yale Guido Calabresi teneva un corso dedicato soltanto ai *torts*. In ordinamenti giuridici molto diversi, uno codicistico, l'altro di *common law*, si riscontra quindi lo stesso dato: non esiste un manuale, come noi lo concepiamo, né un corso «generale» di istituzioni di diritto privato.

Quali manuali abbiamo utilizzato e consigliamo? A Catania era consigliato il Barbero, un manuale molto caratterizzato da un punto di vista ideologico e ricordo che le cin-

quanta pagine di introduzione spingevano molti studenti a cambiare facoltà. Superata la suddetta introduzione, che esponeva il «credo» dell'autore, si leggeva un bel libro, tecnicamente ineccepibile. In altre università si utilizzava il Trabucchi o il Torrente. Quest'ultimo (non molto apprezzato da un Maestro romano autore di un famoso manuale), scritto da un magistrato, si distingueva perché era breve, conciso, chiaro, facilmente memorizzabile. Dobbiamo essere grati a Franco Anelli e a Carlo Granelli che lo hanno mantenuto in vita, con continui e attenti aggiornamenti. Tuttavia, come ho avuto occasione di dire a Carlo, secondo me, l'opera rischia di perdere le sue caratteristiche principali perché, se per ogni «nuovo» argomento – spesso legato ad un recente intervento legislativo – vengono aggiunte diverse pagine, è inevitabile che il volume diventi un *aliud*. Oggi il Torrente è un libro di mille e cinquecento pagine, circa il doppio di quelle scritte dal primo autore e ha perso una delle caratteristiche principali: lo studente lo poteva dominare agevolmente imparando l'essenziale. Il rischio più grave – a mio avviso – dipende dal fatto che lo studente del primo anno (soprattutto se non frequenta le lezioni) non ha spesso la capacità di distinguere ciò che rappresenta la base della materia, le linee del sistema, da ciò che si potrebbe ignorare fino a quando da professionista non sarà chiamato ad affrontare temi specifici.

Problemi in parte diversi presentano i manuali a più mani. Io stesso ne ho curato uno, con la collaborazione di alcuni colleghi qui presenti. Spesso vengono criticati e il rilievo più frequente riguarda la mancanza di un filo conduttore unitario. A volte è vero, a volte meno, ma il punto non è solo questo. Occorre chiedersi quanti studiosi oggi – posta, in primo luogo, la maggiore complessità delle fonti – siano in grado di scrivere un manuale equilibrato in tutte le sue parti. Ognuno di noi cura alcuni settori e ne trascura altri, si rischia quindi di non trattare tutte le materie in modo uniforme. D'altra parte, come ricordato, in altri paesi il manuale non esiste e si utilizzano testi dedicati alle singole materie e scritti da autori diversi. Un manuale a più mani, ben curato, presuppone un lavoro di coordinamento, occorre evitare ripetizioni, operare dei rinvii. In definitiva, si cerca di ricostruire quell'«unità» che caratterizza i manuali scritti soltanto da una persona.

Anche le nuove edizioni dei manuali rispecchiano un impianto tradizionale, che viene criticato dal Professor Lipari da circa mezzo secolo, come lui stesso ha ricordato in un articolo apparso di recente nella Trimestrale. Negli anni Settanta del secolo scorso, Nicola Lipari ha guidato a Bari un gruppo di colleghi che hanno redatto un manuale a più mani, caratterizzato da un'impostazione molto originale, intitolato «Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento». Non spetta a me illustrarne i contenuti, ma l'idea principale è quella di far comprendere allo studente che la norma scritta non rappresenta un punto di arrivo, per cui interpretando la norma conosciamo il risultato, bensì è un punto di partenza poiché l'interprete partecipa alla costruzione della norma. E non a caso, dopo un capitolo, a mio avviso utilissimo, dedicato alla codificazione, che serve a far comprendere la struttura dell'ordinamento giuridico privatistico e la sua evoluzione storica, Lipari si sofferma sull'interpretazione. Si tratta di pagine di estrema attualità, perché lo studioso sostiene che l'interprete deve guardare alla società, che il diritto non è scienza teoretica, ma pratica e non a caso Lipari è stato – fin da giovane – il nostro civilista più vicino alla sociologia.

Qualcuno ricorderà che insieme a Giuseppe Zaccaria, in anni lontani, ho tradotto il libro di Josef Esser sulla precomprensione. Si possono notare delle analogie veramente interessanti con il manuale da ultimo citato: il libro di Esser è del 1972, il manuale di Lipari (in prima edizione) è del 1974. In entrambi, si riscontra una grande attenzione per la ragionevolezza. In Italia abbiamo scritto molto su questo tema in anni successivi; ma già in entrambe le opere in esame si attribuisce grande rilevanza alla ragionevolezza come criterio di interpretazione, come criterio di decisione, come criterio che deve ispirare il legislatore. Soprattutto, si noti, la ragionevolezza non è indicata come clausola generale, ma come standard valutativo. Questa coincidenza di pensiero sia per quanto concerne l'interpretazione – anche Esser sostiene che la norma va costruita e non rappresenta un dato da recepire passivamente – sia nella qualificazione della ragionevolezza, conferma che fin dal primo anno dobbiamo cercare di far comprendere allo studente che il lavoro del giurista consiste appunto nella costruzione della norma, alla luce dei principi, piuttosto che nel recepimento di un dato immutabile e nella mera «sussunzione» della fattispecie nella previsione legislativa.

Non è facile formulare un suggerimento su come concepire un manuale moderno, adeguato ai profondi mutamenti che la scienza e la pratica giurisprudenziale del diritto privato hanno conosciuto nel secolo che viviamo.

A mio avviso, bisogna comunque partire dalla constatazione che tutti i manuali sono rimasti ancorati ad un modello che risale addirittura alla metà del secolo scorso. La maggiore complessità dell'esperienza giuridica ha condotto peraltro a «snaturare» il disegno originario di alcuni di questi manuali, e in generale ha modificato la concezione del diritto privato. Inoltre, soprattutto negli ultimi anni di insegnamento, ho notato spesso una enorme distanza tra tutto ciò che il manuale conteneva e quello che lo studente medio aveva compreso ed era riuscito a memorizzare.

Una strada, sia pure densa di incognite, potrebbe essere rappresentata da un ritorno al manuale breve, attento ai principi ed in grado di far percepire allo studente le complessità del sistema, senza spingersi alla trattazione approfondita di tutti gli istituti e di tutte le novità legislative. Modificato corrispondentemente il contenuto del corso di primo anno, si potrebbe pensare – come avviene in altri paesi – ad agili volumi, in parte già esistenti, (es. diritto di famiglia, responsabilità extracontrattuale, etc.) da utilizzare in corsi semestrali dopo il superamento del corso introduttivo. Di conseguenza diverrebbe superfluo il corso di diritto civile.



### I manuali, le dinamiche delle fonti e il metodo

Carmelita Camardi



**SOMMARIO:** 1. Perché una riflessione sulla didattica. – 2. Un tentativo di lettura della manualistica corrente. – 3. Qualche altra considerazione critica. – 4. Quali prospettive, dunque?

#### 1. Perché una riflessione sulla didattica

Le ragioni di questo convegno dovrebbero essere almeno in parte desumibili dalle poche righe incluse nella locandina<sup>1</sup>. Ma sono ovviamente più complesse<sup>2</sup>.

Vi è innanzitutto il disagio personale (che ritengo tuttavia condivisibile da qualcuno) nel constatare anno per anno lo scarto tra l'attività di ricerca, che si incanala lungo varie direttive e costantemente cambia, e l'attività didattica, che tende invece a rinnovarsi ad un ritmo più lento e a privilegiare la continuità a discapito dell'innovazione. Questo almeno è ciò che spesso avviene a chi insegna nei corsi di base, e deve dunque apprestare quella formazione istituzionale e in un certo senso universale, buona per tutti e buona per sempre. Da questo punto di vista, uno scarto minore, se non inesistente si ha inve-

---

<sup>1</sup> Dalla dinamica delle fonti, alle continue interferenze con le altre discipline (ad esempio, nei rimedi "amministrativi" a favore dei consumatori pregiudicati da PCS), alla introduzione di corsi di studio in lingua inglese, o che prevedono l'insegnamento del diritto privato, pur se in classe diversa da quella degli studi di giurisprudenza.

<sup>2</sup> Il presente non è certamente il primo Convegno sul tema della didattica e nemmeno la prima occasione di autoriflessione. Segnaliamo innanzitutto una Bibliografia ragionata sul tema, a cura di MINGARDO, reperibile alla pagine <https://www.openstarts.units.it/server/api/core/bitstreams/dac04dad-5b93-40df-bfeb-bac2d31029d4/content>. E poi rinviamo ai contributi contenuti nelle seguenti opere: *Come insegnare il diritto. Metodi, modelli, valutazione*, a cura di ZENO ZENCOVICH, Torino, 2004; PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto*, Torino, 2014. Altre opere collettanee sono citate nelle note a seguire.

ce quando l'insegnamento si sposta di livello, dal 1° anno verso le Lauree magistrali e il Dottorato. Dove gli studenti avrebbero superato quella presunta immaturità ed esigenza di elementarità che invece li caratterizza al 1° anno. Eppure ciò che essi diventano al Dottorato dovrebbe essere frutto anche di ciò che noi insegniamo loro il 1° anno. Cioè dei MANUALI che noi confezioniamo e che suggeriamo di adottare. Intendendo per manuale ciò che di questo termine si predica usualmente: cioè una *trattazione ampia ed esauriente, che espone le notizie fondamentali intorno a un determinato argomento*.

È questo del resto ciò che solitamente si legge nelle prefazioni dei Manuali maggiormente in uso, sebbene non tutti gli autori (come nota M.R. Marella)<sup>3</sup> si soffermano nelle Prefazioni sugli obiettivi formativi che intendono perseguire. Questo è un punto che merita cenni brevissimi.

Frequentemente si ribadisce la natura *istituzionale* dell'insegnamento; si menziona l'impianto *sistematico* della trattazione, con un esplicito richiamo al Codice civile; si sottolinea da un'edizione all'altra la necessità di semplificare e contestualmente di aggiornare circa l'incessante opera del legislatore; talvolta si dà riscontro dell'apporto giurisprudenziale a taluni temi. E in tutto ciò si arriva anche alle 1000-1500 pagine.

Di alcuni manuali però deve dirsi qualcosa. Cominciamo dal Trabucchi, senza rubare nulla a quanto Matilde Girolami ci vorrà dire, ma sottolineando come dalla prima edizione del 1943 che nasce qui a Ca' Foscari, nell'arco dei decenni, la tradizionale impostazione degli istituti si accompagna –oltre che a opportune citazioni letterarie e storiche- a considerazioni problematiche circa la pluralità delle fonti, la dimensione europea, il mutamento dei principi, la prospettiva costituzionale, la moltiplicazione dei diritti; il dominio della tecnica, l'importanza della giurisprudenza, insomma tutti gli ingredienti della complessità, nel convincimento costantemente ribadito però che il Manuale non debba e non possa essere un prontuario di concetti, bensì “espressione di una razionalità che è tra le più alte costruzioni dello spirito umano”, perché “tema principale anche del nuovo diritto, non è la sola libertà e la pretesa del benessere, ma sono i valori dello spirito, non sottoposti alle regole fissate per i fatti e i bisogni della vita materiale»<sup>4</sup>.

Merita poi il Trimarchi, che con chiarezza inequivoca richiama la metodologia dell'analisi economica del diritto ai fini di una “più solida comprensione istituzionale del diritto privato. Il lettore attento e competente avvertirà come i concetti più certi ed essenziali dell'analisi economica del diritto costituiscano, *in forma discreta*, la trama della spiegazione di funzioni ed effetti di diversi istituti”<sup>5</sup>. Una presa di posizione che riscontriamo – come ben noto – a tutti i livelli della originale e lucida produzione scientifica di questo Autore, già solo per questo un campione di coerenza e un modello per tutti.

<sup>3</sup> MARELLA, *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di PASCIUTA e LOSCHIAVO, RomaTre Press, 2018, 69 ss.

<sup>4</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Padova, 2019, XV, che contiene stralci delle Prefazioni delle prime edizioni del volume, dalle quali è tratta la citazione del testo.

<sup>5</sup> TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2020, VII della Prefazione alla tredicesima edizione.

Problematiche le parole introduttive di Rescigno, il cui manuale cessa di essere pubblicato negli anni fine '90, quando scrive di voler “tenere sveglio il senso del diritto come esperienza di problemi, ad evitare l’illusione di un’appagata quiete del sistema presentato in termini che sembrano riprodurre i precetti della saggezza comune o si chiudono in formule immutevoli, spesso non genuine e quasi sempre superate dalla realtà”<sup>6</sup>.

Nelle esperienze meno classiche, insieme con l’attenzione al mutare della struttura dei corsi di Giurisprudenza, appare affermata l’idea della frammentazione delle fonti e delle discipline, assunta con chiarezza quale elemento di possibile destabilizzazione del sistema; anzi, qualcuno parla di una “bussola più che di un sistema”, che si ritiene difficile da trovare “dentro un ordinamento civilistico che si sviluppa secondo dinamiche plurime e si organizza secondo una molteplicità di *rationes* spesso irriducibili le une alle altre”<sup>7</sup>.

Vorrei da ultimo menzionare, come relatrice e senza abusare della mia condizione di “padrona di casa”, della mia esperienza, iniziata nelle aule catanesi degli anni '70, dove Pietro Barcellona entrava -sigaretta in bocca e stuolo di assistenti a debita distanza- per offrire a noi studenti una esperienza didattica di radicale contestazione di quella che veniva definita a piè sospinto la “dottrina dominante”. Un’impostazione conflittuale, applicata sul versante formativo come su quello scientifico vero e proprio, che contrapponeva tradizione e innovazione, ovvero sia la lettura dogmatica del diritto privato e il disvelamento della sua funzionalità al potere economico all’interno di un contesto di pensiero largamente ispirato da opzioni politiche<sup>8</sup>.

Ma non si trattava dell’unica proposta alternativa. Anche quella di Nicola Lipari lo era: nel suo *Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*<sup>9</sup>, al diritto non certo si assegnava il ruolo di strumento neutrale del governo della società, quanto piuttosto quello di guida anche morale per dare forma a interessi provenienti dal basso in un quadro di valori attento alla prospettiva della giustizia e della uguaglianza.

Queste ultime due esperienze non hanno avuto esito nell’offerta stabile di manuali consolidati dedicati agli studenti, ma si sono sviluppate nel pensiero scientifico delle due scuole conservando, e nel primo caso riadattando, lo spirito critico che fortemente animava i due Autori in quegli anni<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1993, X edizione, XVII, XVIII.

<sup>7</sup> NIVARRA, RICCIUTO, SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Torino, 2021, XXIV della Presentazione.

<sup>8</sup> P. BARCELLONA *Gli Istituti fondamentali del diritto privato. Dispense introduttive ad uso degli studenti*, Napoli, 1972; ed ancora i successivi, il più noto *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977; e poi *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di CAMARDI, Napoli, 1996. Indicativo dell’ideologia degli anni '70, anche nella didattica, è poi il volumetto a cura di BARCELLONA, HART, MUCKENBERGER, *L’educazione del giurista*, Bari, 1973.

<sup>9</sup> Editto per i tipi della Laterza, Bari, nel 1974 e poi nel 1976; seguito da LIPARI, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974. Ne ricorda il carattere di eccezione GALASSO, *Strumenti e tecniche di apprendimento del diritto civile*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di SCALISI, Milano, 2004, 1330.

<sup>10</sup> Il lettore permetterà una nota personale autobiografica, intesa a ricordare l’esperienza tem-

Per contro, la manualistica più tradizionale si è sviluppata in grande ampiezza, nonostante la sottovalutazione che la visione sempre più burocratizzata dell'Università ha realizzato di questa attività, addirittura sottraendo i volumi didattici alla valorizzazione piena in sede di VQR, quasi che il manuale non rappresentasse un prodotto scientifico (si chiedeva infatti di *dichiarare* che avesse contenuto scientifico), come la monografia o il saggio, ma un sottoprodotto che nel tempo si ripete e si fossilizza, salvo quegli incessanti aggiornamenti – tutti di quantità – che la bulimia legislativa obbliga gli autori a realizzare almeno ogni due anni.

Una sottovalutazione già ben nota, ad es. a Calamandrei<sup>11</sup>, quando scriveva che nel nostro ordinamento il giurista non trova alcun incentivo a fare dell'insegnamento la parte più curata e significativa della sua attività; e nota a chi a questa idea fa ancora riferimento, quando scrive che il tema dell'insegnamento rimane ancor oggi un tema “periferico”<sup>12</sup>; nella misura in cui non si esplicita il nesso inscindibile tra la riflessione sullo statuto della scienza giuridica e la definizione del modello di formazione del giurista. Un modo per dire quanto anticipavo nel mio incipit: e cioè il tema, ma meglio direi il rischio della frattura tra ricerca scientifica e didattica. Ovvero il rischio che – per una serie di ragioni che proverò a sintetizzare – lo stesso giurista faccia fatica a riversare nell'insegnamento e nella formazione i metodi e i risultati coltivati e raggiunti nell'attività scientifica, cioè – posto nelle norme l'oggetto della scienza giuridica – metodi e risultati dell'interpretazione.

Certo, la lettura delle prefazioni presentate nelle edizioni più recenti dei Manuali, laddove gli Autori dichiarano la consapevolezza del mutamento nella gerarchia e nella sostanza delle fonti, la progressiva perdita di centralità del codice civile, la crescente importanza del momento giurisprudenziale, il carattere sempre più globale e transnazionale del diritto, sembrerebbe smentire quell'elemento di stabilità e di continuità che – per definizione – connota la produzione manualistica. Ma a ben vedere non sempre è così. Se dalla prefazione si passa all'indice e poi ai contenuti, l'impianto della trattazione non muta, quasi che – vista non proprio in lontananza l'onda d'urto della discontinuità storica – la si faccia infrangere contro la roccia di una tradizione che si lascia bagnare ma non scalfire. Con avvertenze, aggiornamenti, informazioni e precisazioni, il discorso formativo si articola costantemente sulla originaria struttura: dalle parti di teoria generale alla sequenza degli istituti raccolti nelle formule della gloriosa dogmatica civilistica, e non raramente attraverso i libri del codice. Nella più o meno esplicita conferma del paradigma giuspositivistico, le stesse dinamiche dell'interpretazione faticano a penetrare nella esplicazione del testo normativo, quantomeno nelle componenti che radicalmente intaccano la primazia del testo, negando che da esso possa estrarsi una verità rivelata e

---

poranea della redazione del manuale *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007 e 2010, che raccoglieva il testimone dell'insegnamento di Pietro Barcellona, riadattato e rivisto in un diverso contesto concettuale, ispirato alla teoria dei sistemi.

<sup>11</sup> *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Napoli, 1966, 65, vol. 2°.

<sup>12</sup> RESTA, *Quale formazione, per quale giurista*, in *La formazione del giurista*, cit., 129 ss.



valorizzando invece il problema del caso concreto, la tecnica del bilanciamento, le clausole generali o i principi costituzionali<sup>13</sup>.

Quali le ragioni di questo fenomeno? È del tutto fuori dalle mie corde attribuire un fenomeno scientifico a fattori legati all'atteggiamento lassista dei giuristi, ovvero – come purtroppo leggiamo nella prefazione di un noto manuale- alla loro asineria decretata da un discutibile sistema di reclutamento, che ha portato alla “*moltiplicazione dei professori (cani e porci, in luogo di pani e pesci), fabbricati in rapida sequenza come le scatole di pomodori pelati ... grazie a tesi di laurea riciclate ... reputate idonee a far vincere i concorsi a cattedra*”<sup>14</sup>; oppure alla cretineria degli studenti incolti, specie quelli di sesso maschile, “*babbei infantili destinati a soccombere ... nello scontro tra i sessi per la conquista del dominio*”<sup>15</sup>.

## 2. Un tentativo di lettura della manualistica corrente

Quali allora queste ragioni? Innanzitutto l'appartenenza settoriale, quasi una **costrizione**, praticata oltre l'esigenza della specializzazione e vissuta identitariamente come irrinunciabile segno distintivo. L'idea stessa della interdisciplinarietà come valore “aggiunto” – un *quid pluris* non necessario – segnala la rinuncia preventiva a metodologie di condivisione con altre discipline, anche quelle interne all'area giuridica, che delineano una chiusura epistemologica e un conseguente scenario di isolamento del diritto dal contesto stesso nel quale esso viene generato<sup>16</sup>. Non posso a tal fine non ricordare lo scarto tra il modello formativo italiano e quello anglo-tedesco.

Si affianca a questo elemento la concezione della formazione istituzionale di base tra due estremi in potenziale contraddizione: l'ambizione che sia il privatista a fornire a chi si avvicina agli studi giuridici gli strumenti concettuali di comprensione dell'ordinamento<sup>17</sup>, e l'assunzione di questo compito attraverso la redazione di MANUALI, che per essere “di base” finiscono per assumere una concettualità semplificata, elementare, statica, astorica e astratta perché destinata a durare. Ne viene fuori l'immagine del giurista formatore come custode di un limite sistemico ed epistemico. Imparziale, serio

<sup>13</sup> LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 971 ss.

<sup>14</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021, *Introduzione* del 2013, VXVI, ove pure si legge che tale sistema avrebbe portato al “*trionfale ingresso in carriera del gentil sesso, fino ad allora rappresentato da pochissime eccezioni*”, ingresso favorito – sostiene l'autore – da rapporti di natura decisamente sessuale.

<sup>15</sup> GAZZONI, *op. cit.*, *Introduzione* del 2003, XXXV.

<sup>16</sup> È interessante notare al riguardo quanto dice P. Rescigno, in RESCIGNO, RESTA, ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, 44-45, laddove afferma che ad oggi un manuale di diritto privato dovrebbe mettere in luce la fitta intersezione tra moduli privatistici e pubblicistici, e proporsi come costruzione di un edificio utile alla “*riflessione giuridica nella sua integralità*”.

<sup>17</sup> Parlerei al proposito di “*modello Falzea*”, con riferimento al “*volumetto*” dal titolo indicativo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1975.

e tecnicamente preparato nella gestione delle novità in quanto dotato degli strumenti fondamentali capaci di resistere ai mutamenti del reale, senza negarli, ma comunque sistemandoli *in uno schema già dato*.

Gioca qui l'idea che la teoria generale del diritto sia davvero quella branca della scienza giuridica che non necessita di essere rinnovata, che si perpetua costantemente sempre uguale a sé stessa facendo sì che il nuovo entri nel sistema – che essa vorrebbe garantire – per semplice addizione (ed ecco l'aggiornamento), e non per integrazione effettiva. Un'idea che di per sé non viola i canoni della conoscenza scientifica del diritto come forma di governo della società, ma ad una sola condizione: e cioè che la teoria generale si sappia corredare di una *dogmatica adeguata* che istituisca un rapporto corretto e storicamente pieno con la struttura del diritto positivo e con l'assiologia che l'ordinamento esprime, dichiarando la propria disponibilità a modificare le categorie concettuali conoscitive in relazione al diritto positivo, e non viceversa. Perché è questo “viceversa”, vale a dire la lettura del diritto positivo attraverso la lente cristallizzata dei dogmi quali strumenti di inclusione del nuovo nel sistema, l'elemento responsabile di una comprensione deformata della realtà normativa che rischia di condurre alla costruzione dei manuali come mera opera di continuo *accrescimento di dati*<sup>18</sup>.

In altre parole, più che l'ambizione teorica alla costruzione di “universalì formali” in grado di sistemare la fenomenologia del diritto, indipendentemente dal diritto positivo, è proprio la mancata revisione della dogmatica di fronte alle metamorfosi del diritto positivo, e prima ancora alle sue differenziazioni fenomeniche, il dato che va esaminato per individuare un modello formativo che sia in grado di assicurare ai discenti una rappresentazione comprensibile del diritto vigente, e contestualmente una rappresentazione adeguata della realtà nella quale essi vivono. Così peraltro evitando due effetti di ritorno. Innanzitutto l'idea che il diritto sia qualcosa di astratto, neutro e distante, che cala dall'alto, che non ha a che fare con la vita quotidiana. E correlativamente l'idea che sia inutile, cioè che la realtà delle cose – quella che conta – vada avanti senza che il diritto sappia governarla.

Degli equivoci – per così dire – determinati da questa inadeguata visione del rapporto tra teoria generale e dogmatica sono pieni i nostri manuali, ed è davvero difficile operare un processo correttivo. Voglio fare alcuni esempi.

Una *great division* che attraversa la manualistica e il sapere ufficiale è quella tra diritto patrimoniale e diritto non patrimoniale: famiglia e persone entrano nel secondo, quasi tutto il resto nel primo. Ma perché? È una distinzione non del tutto proponibile, perché nasconde una serie di realtà, e crea una serie di *qui pro quo*. Nella famiglia infatti

<sup>18</sup> È questa un'indicazione che emerge già dal Convegno di Messina del giugno 2002, dedicato ad Angelo Falzea, *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit., presentato su questi temi da SCALISI, XVII, XXI ss.; del quale ricordiamo gli interventi di BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, 1229, 1232 ss.; PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche dell'insegnamento del diritto civile*, 1303, 1308 ss., fortemente critico sulla struttura nozionistica dei manuali e sul concettualismo come “abito mentale” (p. 1316); LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, 1373, 1384 ss.

si consuma da sempre un modello di distribuzione della ricchezza, occultato nella tradizionale divisione sociale del lavoro che sottrae il lavoro domestico della madre/moglie ad una qualsivoglia disciplina, interamente riversandolo nella sfera degli affetti<sup>19</sup>. Lungi da me l'idea di sottrarre la maternità alla sfera degli affetti, ma non solo di questo si tratta, perché dentro questo schema si tramandano specifiche funzioni di riproduzione sociale che strutturano il mercato e non solo un certo modello di famiglia. Del resto per anni il congedo familiare per maternità è stato una prerogativa delle donne. Voglio ricordare al proposito il *leading case* del 1972 discusso avanti alla Corte suprema degli USA da una giovane Ruth Bader Ginsburg (*Moritz v. Commissioner*)<sup>20</sup>, la quale riuscì a far dichiarare incostituzionale la norma che privava dell'esenzione fiscale gli uomini che prestassero lavoro di cura familiare, perché supponeva che solo le donne potessero svolgerlo e mai gli uomini non vedovi né divorziati, che fossero *single per scelta*. Ciò che invero *solo apparentemente discriminava gli uomini davanti al Fisco*, ma in verità discriminava le donne sul mercato e nella società, strutturando l'attività che oggi chiamiamo di *caregiver* degli anziani come lavoro gratuito *esclusivamente femminile per natura*, paternalisticamente compensato da una detrazione fiscale, che rappresenta il valore economico, cioè il costo, di questo lavoro *in quanto* non retribuito. Però questo non lo diciamo.

Andiamo così al diritto delle persone. La disciplina delle incapacità è presentata come diritto delle persone. È vero, certo, ma perché non dire che essa è *anche* diritto patrimoniale, perché invero non vuole creare statuti dei diritti delle persone, ma forme di protezione del patrimonio personale e familiare di questi soggetti da atti che – in ragione dell'assunzione di un certo modello di gestione razionale delle risorse economiche – possono comprometterne l'integrità e la trasmissibilità agli eredi che vi fanno affidamento. Anche questo dunque contribuisce a strutturare il diritto del mercato secondo un certo modello di efficienza e di scelte razionali, e pertanto più che diritto non patrimoniale di tutela delle persone incapaci, è diritto patrimoniale delle persone che non si ritengono idonee a gestire la ricchezza.

Ugualmente dovremmo dire essere anche patrimoniale il diritto che nega o riconosce lo status di figlio legittimo con due genitori *same sex* alle creature generate attraverso la maternità surrogata, laddove permessa e regolata. Nella misura in cui rende possibile o nega la libera circolazione delle persone nel mercato unico europeo, strutturandolo così in un modo o in un altro<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto ampiamente MARELLA, *Per un'introduzione allo studio del diritto*, cit., 75, e più diffusamente, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea*, Napoli, 2023, 3 ss. (in corso di stampa); voce *Lavoro domestico nella famiglia*, in *Enc. Del diritto. Tematici, Famiglia*, a cura di F. MACARIO, Milano, 2022, 657.

<sup>20</sup> Vedi il caso alla pagina <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/469/466/79852/> (accesso del 6 luglio 2023).

<sup>21</sup> Ci si riferisce al tema della trascrizione in Italia degli atti di riconoscimento all'estero dei figli nati a seguito di gestazione per altri, e del conseguente riconoscimento della doppia genitorialità (per il genitore biologico e per quello intenzionale), di cui alla recente decisione (negativa) di

Ma andiamo al diritto patrimoniale puro e indiscusso.

Parliamo dei beni giuridici. Perché la teoria dei beni continua ad essere costruita intorno a paradigmi di mercato e di ricchezza il cui riferimento principale sono i beni materiali? Mentre i beni immateriali e le altre risorse “intangibili” che connotano ad oggi le più colossali operazioni di mercato sono lasciate ad altre discipline, e confinate in ambiti specialistici che non alimentano la dogmatica dei beni giuridici<sup>22</sup>?

Ugualmente la materia contrattuale. Ma sul punto tornerò per esemplificare nella parte più *costruens* del mio intervento. Dove cercherò di chiarire che il superamento di tali criticità è necessario allo scopo di preservare la scienza giuridica da processi auto-distruttivi, come da rischi esogeni di obsolescenza indotti da trasformazioni del mondo reale troppo radicali e perciò difficilmente controllabili con gli stessi dispositivi concettuali. Il mio discorso dunque non è antidogmatico, ma per un'altra dogmatica<sup>23</sup>.

### 3. Qualche altra considerazione critica

A tale scopo, la manualistica dovrebbe prendere in carico un altro problema: l'abbandono o il ridimensionamento delle tradizionali certezze ove queste non fossero più sostenibili. Qui viene in gioco in modo massiccio il tema della rappresentazione delle fonti del diritto, elemento strutturale della giuridicità, senza introiettare il quale lo stesso pensare la giuridicità è operazione che i discenti difficilmente possono svolgere.

È abbastanza condivisa, ancorché poco applicata, l'idea che il principio della statualità e unicità del diritto, per cui Diritto e Stato si pongono come nozioni inseparabili, non possa più porsi come postulato indiscutibile della teoria delle fonti; e che anche nei sistemi di *civil law* come il nostro la teoria dell'ordinamento e la stessa teoria dell'interpretazione debbano fare i conti con il dispiegarsi delle fonti lungo figure non del tutto piramidali, dove pure il vertice assume una forma – per così dire – *piatta*, non *apicale* e la Costituzione e le Carte dei diritti entrano come dirette fonti di pretese nel circolo ermeneutico che parte dal caso e porta al rimedio. E dove ancora il diritto europeo per un verso, ed altre fonti che sfuggono alle classificazioni gerarchiche per essere collocate nei nodi della rete globale della giuridicità, per altro verso, interferiscono a complicare quel circolo e a costruire la giusta soluzione del caso. Qui ci sono tutti i temi degli ordinamenti

---

Cass., SS.UU., n. 38162 del 2022. Qualche cenno sul tema si trova più avanti.

<sup>22</sup> Come noto, infatti, è il diritto industriale la disciplina che – anche sul piano didattico – illustra le tematiche dei beni immateriali e delle innovazioni tecnologiche: una disciplina fondamentale, eppure spesso qualificata “seconda” rispetto al diritto privato generale, e impartita come specialistica e non di base. Sul tema ci si permette di rinviare al nostro *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 955.

<sup>23</sup> Anche per questo profilo rinviamo al nostro contributo *La dogmatica come “dispositivo imunitario” della scienza giuridica nel pensiero di A. Falzea. Come pensare la società digitale*, in *I Maestri del Diritto Civile*. A. Falzea, a cura di D'AMICO e GORASSINI, di prossima pubblicazione per i tipi della ESI.

*multilevel*: la primazia del diritto europeo; l'applicazione diretta dei principi e dei diritti fondamentali; il tema del ruolo della giurisprudenza e del cosiddetto dialogo fra le Corti; in una sola parola, il tema della *certezza*. Ma la certezza non può essere venduta come un bene sociale frutto dell'opera dei giuristi, se poi la quotidianità delle cronache o gli arresti giurisprudenziali restituiscono su tante questioni visioni di drammatica incertezza<sup>24</sup>.

Eppure, al di là di alcuni modelli didattici che assumono i principi costituzionali, la giurisprudenza e il decentramento normativo su fonti *extra ordinem*, quali fattori che complicano la teoria delle fonti ma dei quali l'interprete deve farsi carico<sup>25</sup>, l'arroccamento della certezza su di una gerarchia statica delle fonti, oltre che sulla prevalente attenzione sulla normativa del codice civile, impediscono che si formi una cultura basata sulla costruzione di processi argomentativi ragionevoli, controllabili e replicabili, che accettano la pluralità delle fonti quale risorsa per la più giusta e corretta soluzione del caso. Una cultura che potrebbe contribuire ad avvicinare i discenti ad una idea di legalità diffusa e percepibile nella realtà quotidiana, ben oltre le pagine del libro di testo.

Il tema della percezione degli studenti in merito al fenomeno della giuridicità è un tema che si spinge su altri aspetti, ad esempio quello del target di studenti: chi sono i destinatari della nostra attività di formatori, e per quali professioni mettiamo in opera questa attività? Parliamo ancora di avvocati, notai e magistrati<sup>26</sup>? Ed ancora, la nostra comunità scientifica si è fatta carico dell'immagine di giurista che vogliamo veicolare anche nella percezione degli altri saperi e delle altre professioni? Questa è una domanda ineludibile, perché il diritto privato si insegna anche fuori dai corsi di Scienze giuridiche, ed è proprio in questi contesti che ci giochiamo la nostra immagine e la nostra posizione sociale nel confronto con gli altri. Cosa pensano di noi gli ingegneri, gli economisti, gli umanisti? Il laureato in Scienze giuridiche è vissuto come un leguleio, come un tecnico, come un intellettuale, come un operatore della giustizia? E non penso solo alle beghe accademiche che ci contrappongono agli altri specialisti nei processi di attribuzione – o spartizione – delle cariche e delle risorse delle Università. Penso invero ai processi di legittimazione sociale delle competenze professionali e scientifiche, e dunque al coinvolgimento dei giuristi fuori delle sedi nelle quali essi vantano un titolo preferenziale, e sono dunque esposti alla concorrenza di altre professionalità<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, Torino, 2017. Sensibili a questo tema della crisi del paradigma giuspositivistico, i contributi di RESTA, *Quale formazione, per quale giurista*, cit., 134 ss.; e GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in *La formazione del giurista*, cit., 52 ss.

<sup>25</sup> PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2022, 24.

<sup>26</sup> Sul punto PASCUZZI, *Giuristi si diventa*, Bologna, 2019; Id., *Verso l'avvocatura e il notariato*, in *La formazione del giurista*, cit., 83; GARLATI, *Formazione e professionalizzazione per il giurista del terzo millennio (c'è qualcosa di nuovo... forse di antico...)*, ibidem, 161.

<sup>27</sup> ZENO ZENCOVICH, *Una diversa idea del corso di laurea in giurisprudenza*, in *La formazione del giurista*, cit., 181.

Penso all'elaborazione delle decisioni pubbliche, quando al decisore si prospetta la scelta – ad esempio nelle materie urbanistiche – tra un architetto o un ingegnere o un giurista, e questa scelta implichi la definizione di un' idea di città, cioè di un modello di convivenza e di comunità tra una moltitudine di interessi che si devono soddisfare e perciò bilanciare. Che tipo di giurista serve per condividere questo genere di scelte? Mi faccio questa domanda perché una volta qui a Ca' Foscari un Rettore ha delegato un sociologo ad occuparsi delle “Giornate della legalità” e della lotta alla corruzione, e quando noi giuristi abbiamo presentato all'uno e all'altro le nostre rimostranze non abbiamo avuto una risposta soddisfacente, oltre quella per cui esistono le “norme sociali”, di cui i giuristi non si occupano... una dicotomia tutta da spiegare quando si mette a tema la questione della legalità!

Volgo al termine, ricordando semplicemente gli altri aspetti del tema didattico inseriti nella locandina. Uno è l'insegnamento del diritto privato fuori dei Corsi di laurea in scienze giuridiche. Qui a Ca' Foscari non abbiamo corsi in classe L33, ma il diritto privato ha messo piede nelle sue declinazioni in moltissime altre classi, talvolta in forma generale e istituzionale, altre volte secondo declinazioni specialistiche o professionali. Come lo strutturiamo? Quale immagine del diritto diamo agli studenti che si preparano per il servizio sociale o che studiano *data protection* o scienze ambientali? Come ci rapportiamo alla dominanza di altri insegnamenti di diverse aree? Dobbiamo dare alla formazione giuridica – e alla manualistica – una diversa curvatura metodologica? Lo sentiremo da altri relatori.

Un altro aspetto è la didattica in lingua inglese. Lo segnalo giusto per valorizzarne l'importanza ancora una volta sotto il profilo dello statuto della scienza giuridica che occorre mettere in campo per lo studente internazionale svincolato da un'appartenenza territorial-nazionale. Ma il tema sarà oggetto di una relazione *ad hoc*<sup>28</sup>.

## 4. Quali prospettive, dunque?

Nella prospettiva che ribadisce la stretta correlazione tra statuto della scienza giuridica e predisposizione del modello formativo del giurista; ancora, nella prospettiva di evitare che l'autonomia della scienza giuridica si tramuti in una forma di isolamento della stessa in una funzione meramente autoconservativa, che si preclude orizzonti conoscitivi più ampi e restringe il campo della sua incidenza sociale; ed infine, nella prospettiva che Giuseppe Benedetti finemente definiva della contemporaneità del civilista<sup>29</sup>; provo ad offrire una pista di riflessione che superi le strettoie e le incapienze del modello giu-spositivista e che possa contribuire all'elaborazione di un modello formativo adeguato.

---

<sup>28</sup> Sul punto, ancora ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, 187.

<sup>29</sup> BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit. 1229.

Ho sperimentato in questi ultimi anni la fecondità di un metodo analitico fondato sull'introiezione virtuosa del *pluralismo*. Con questo termine non intendo designare il dato quantitativo e di evidenza empirica della moltiplicazione delle fonti del diritto oltre la legge dello Stato; intendo piuttosto individuare un *paradigma teorico*, più esattamente un percorso di conoscenza entro il quale condurre l'esperienza dell'interpretazione e della soluzione del caso nella consapevolezza di muoversi in un contesto che può essere anche deterritorializzato, poliarchico e multiculturale e non sempre univocamente orientato sul piano assiologico. Nel rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, il pluralismo come paradigma teorico implica il rifiuto di gerarchie precostituite, e la pratica invece di un *approccio combinatorio*, di un circolo ermeneutico se si vuole, che costruisca la più appropriata combinazione delle fonti (formali e informali) che concorrono nella soluzione di un caso, attraverso un percorso argomentativo che – in primo luogo – giustifichi la *selezione delle fonti più appropriate*, senza che coppie preconcepite o dicotomie concettuali consolidate condizionino la selezione delle norme del caso<sup>30</sup>.

Al fine di rendere più comprensibile la proposta, voglio condividere un ragionamento presentato in occasione di un recente Convegno, che può costituire un modello esportabile su molti temi del diritto privato: la questione della gestione delle sopravvenienze contrattuali che comportano eccessiva onerosità di una prestazione.

La tradizionale esposizione del tema parte usualmente dall'art. 1467, assunto quale espressione del generale principio, per un verso della irrilevanza delle sopravvenienze meramente qualitative, e per altro verso della soggezione del contraente onerato – *ma eventualmente interessato alla conservazione del contratto* – all'iniziativa unilaterale del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza (comma 3 dell'art. 1467). Ciò posto, il civilista che avvertisse la rigidità di tale canone e che però volesse avventurarsi in un cammino euristico senza interpellare le clausole generali (anche in forma minimale e non

---

<sup>30</sup> Inutile ricordare che la semantica del termine “pluralismo” non è affatto univoca, e che lo stesso gravita su di una pluralità di aree e di problemi. Nel contesto del discorso che si propone esso è inteso – come detto – quale paradigma che assiste e guida l'interprete nella elaborazione della soluzione del caso alla luce di due direttive: la pluralità delle fonti regolative e la loro disposizione non necessariamente piramidale e gerarchica, ma reticolare (laddove il fenomeno ricorra effettivamente e in relazione alla complessità che ne viene indotta), e conseguentemente la disposizione dell'interprete all'approccio combinatorio, illuminato dai principi e dai diritti fondamentali. Indicazioni in tal senso nelle pubblicazioni dei *Quaderni fiorentini* dedicati al tema, e precisamente il n. 50 del 2021, intitolato *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, ove il contributo di COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa concettuale*, 29, secondo il quale il pluralismo “prima di essere una componente dell'oggetto, è una dimensione del soggetto, uno strumento dell'interprete”; il volume *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei. Atti dell'incontro di studi*, Firenze, 20-21 ottobre 2022, ove segnaliamo i contributi di GRECO, *Il problema della scienza del diritto e le vie del pluralismo*, 9, e di FARALLI, *Pluralismo e teoria generale del diritto*, 59; LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, 265; rinviamo poi a VETTORI, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, in *Quaderni fiorentini*, 2022, 466, nell'ambito di una Discussione su Paolo Grossi, *Il diritto civile in Italia fra Moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, 2022, ove pure una recensione di chi scrive, *La scienza del diritto civile nell'ottica del pluralismo*, 436.

aggressiva dell'autonomia privata), si imbatterebbe però nel pluralismo, o meglio direi per adesso nella “pluralità” delle soluzioni normative. In primo luogo dovrebbe dar conto della ben differente disciplina dell'appalto codicistico, il cui art. 1664 prevede anche un meccanismo di revisione del prezzo; poi di quella dell'appalto pubblico (e perché no, se anche questo è un contratto), che contempla diverse discipline manutentive; poi della disciplina di altri contratti come l'affitto e la locazione; e poi ancora – perché no – della disciplina introdotta dalle norme anti pandemia, visto che la pandemia ha generato una crisi, che su questa crisi si è innestata una guerra e che pertanto talune *circostanze tipicamente straordinarie e imprevedibili* si moltiplicano e si candidano esse ad interferire con l'art. 1467; e poi ancora della disciplina dei contratti pendenti introdotta dal nuovo Codice della crisi, il quale affida all'esperto mediatore il compito di favorire la rinegoziazione dei contratti pendenti; e poi ancora, e perché no, dalla disciplina cosiddetta di diritto europeo, *soft law* certo, ma seguita e praticata negli arbitrati internazionali. Tutte fonti che esprimono una logica manutentiva e di rinegoziazione che contrasta con la presunta vocazione generale dell'art. 1467, che invece postula lo scioglimento del contratto; sicché nella sua *inventio* l'interprete curioso scopre alla fine che tale norma, già circondata in casa propria da modelli alternativi di gestione delle sopravvenienze, lo è ancor di più fuori della presunta centralità del codice. Ebbene, a fronte di un tale contesto “pluralistico” siamo ancora sicuri di poter tassativamente argomentare che la regola regina delle sopravvenienze è quella dell'art. 1467, “salve” tutte le “eccezioni”, o le norme speciali fin qui enumerate? Siamo sicuri di poter a tale scopo utilizzare persuasivamente il raffinato argomento per il quale il carattere unilaterale della proposta di rinegoziazione lanciata facoltativamente dal contraente avvantaggiato ex art. 1467, 3° co., impedirebbe la proponibilità – secondo buona fede – della rinegoziazione da parte del contraente svantaggiato per il semplice fatto che quest'ultima aprirebbe ad un rapporto bilaterale non previsto, e perciò escluso in via presuntiva da quella norma? Possiamo così utilizzare la dogmatica? A dire il vero avrei i miei dubbi<sup>31</sup>.

Questo ragionamento è replicabile a diversi livelli. Avevo accennato al tema del contratto. Mi chiedo se possiamo ancora giustificare la tradizionale proposta didattico-formativa del ‘contratto in generale’ come regola generale, perdonando il bisticcio, per

---

<sup>31</sup> Non occorre in questa sede indugiare sul tema; sia sufficiente rinviare ad un recente saggio che, pur partendo da una prospettiva tradizionale, critica nei confronti degli orientamenti più aperti a fondare sulla clausola della buona fede un obbligo legale di rinegoziazione, e disponibile invece a considerare la ratio dell'art. 1664 solo relativamente estensibile in via analogica, cerca di districarsi dalle strettoie dell'art. 1467 invocando l'*exceptio doli generalis* a mo' di leva per una rinegoziazione volontaria. Il riferimento è al contributo PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 585, ed ivi altre utilissime indicazioni bibliografiche. Molto più aperta nel considerare anche il ruolo della normativa emergenziale la prospettiva di FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, 1. Interessanti infine le osservazioni di SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del Codice civile?*, in *Jus*, 2020, 205.



ridurre poi la pluralità degli schemi contrattuali ad una numerazione di modelli speciali o parziali, ricavati per ‘sottrazione’ dal contratto in generale, la cui ratio debba essere poi confinata in un contesto di stretta interpretazione, con una metodologia formalmente ineccepibile, ma che lascia un vuoto di incomprendimento e di sistematicità che contraddice le migliori intenzioni con le quali questa “sistemazione” è proposta. Possiamo farlo, se già il codice mimetizza un modello alternativo di *contratto senza accordo* in due articoli (1341/2) della sezione “accordo delle parti”? Il pur efficace paradigma della differenziazione sistemica ci mette davvero al riparo da una domanda di maggior comprensione della pluralità dei modelli normativi, e ci può esonerare da uno sforzo dogmatico adeguato al pluralismo delle fonti e delle discipline? Credo che questo sforzo debba partire innanzitutto dalla consapevolezza del nostro debito formativo nei confronti delle nuove generazioni; dalla consapevolezza -che non può essere negata- che proprio le nuove generazioni native digitali, vale a dire il nostro target studentesco contemporaneo, frequentano ogni giorno un modello di rapporti contrattuali prevalentemente digitali, nel quale ritengo facciano fatica a riscontrare quelli che noi porghiamo loro come elementi essenziali del contratto, primo fra tutti l’integrità e l’esplicitazione di un loro consenso quale base di effetti giuridici che si producono *in quanto* concordati e voluti.

L’introiezione del pluralismo come paradigma interpretativo ci riporta al tema cruciale della dogmatica, forma di conoscenza e comprensione votata a superare la mera esegesi dei testi, la quale però – lasciata a se stessa e alla propria autoreferenzialità – ci restituirebbe non un sistema complesso, ma tutt’al più – ad esempio – una *somma* di beni o una *somma* di contratti, tutti differenti, un’addizione scomposta di elementi disomogenei casualmente ricomposti.

Il giurista didatta, dunque, deve riconciliarsi con una nuova dogmatica, di stampo europeo e naturalmente pluralistico, ancora in buona parte da costruire; non una gabbia buona per la sussunzione astratta, esclusiva e dall’alto, non un’altra somma di concetti chiusi, ma un percorso dal basso corredato da un processo ermeneutico inclusivo sia della pluralità delle fonti come della valutazione degli interessi protetti e delle circostanze. Ciò che la civilistica peraltro ha già mostrato di saper fare in passato, quando – ad esempio nella materia della responsabilità civile – ha costruito le regole di un sistema complesso partendo dal tema del danno piuttosto che da quello dell’illecito o della esclusività della tutela a quei diritti ritenuti astrattamente simmetrici al *neminem ledere*.

In tutto ciò il pluralismo deve attrezzarsi con una bussola che lo metta al riparo dal rischio di trasformarsi in una mera insignificante pluralità. La bussola sono i principi e i diritti fondamentali, i punti fermi di non ritorno, i baluardi contro gli abusi o la dispersione della giurisprudenza. Per questo, anche e soprattutto nella manualistica, principi e diritti fondamentali della persona dovrebbero cessare di essere raccontati come meri attributi della persona nei capitoli dedicati alla classificazione dei diritti soggettivi, come diritti della personalità da inserire nella casella dei diritti assoluti, e come *pendant* dei diritti patrimoniali assoluti (l’enfiteusi come la *privacy*). I diritti non sono mai abbastanza ricordati né mai abbastanza tutelati. E non bisogna aver paura di dire che non sono negoziabili, mai, nemmeno quando una fonte che interferisce nel singolo caso sembra per la sua natura dover prevalere su quella che tutela i diritti. E bene ha fatto di recente la

Presidente della Corte costituzionale a ricordarlo: quando ha affermato che la maternità surrogata è un reato, certamente, ma che questo non può inficiare in alcun modo i diritti dei bambini, dei quali non dobbiamo aver paura di dire che sono e devono essere *tiranni*<sup>32</sup>.

La manualistica dunque ci restituisca sì un giurista custode del limite sistemico, ma nel senso fin qui appena ipotizzato, dove il limite sono i principi e i diritti fondamentali, ad impedire oggi più che mai che anche una sola decisione si atteggi come una *infinitesimale comunicazione sistemica destituente* di quel limite che i manuali hanno il compito di trasmettere e così di difendere.

Credo perciò vada preso sul serio uno dei nostri relatori, quando scrive che “*La rimozione del senso nucleare del sistema (ammesso che si possa definire) può avvenire non solo con un atto rivoluzionario, ma anche con una miriade di infinitesimali comunicazioni sistemiche destituenti*”<sup>33</sup>.

E se questo è vero, proviamo a farlo capire anche dalle nostre aule di *Istituzioni*.

---

<sup>32</sup> Ciò che invece ha dichiarato la Corte di Cassazione a SS.UU. nella nota decisione del 30 dicembre 2022, n. 38162, par. 19, ove si legge che “*L’ interesse del minore non può certo rappresentare un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona*”. Il lettore consentirà questa presa di posizione di chi scrive su di un tema sensibile non solo sul piano etico. Essa ha lo scopo di mostrare la necessità di una trattazione dialettica delle questioni relative ai diritti, anche e soprattutto se controverse come quella di cui si sta facendo cenno, ed anche nella dimensione manualistica.

<sup>33</sup> FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di PERLINGIERI e TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2013, 39.



### Interferenze disciplinari, vecchia e nuova dogmatica

Claudio Scognamiglio



**SOMMARIO:** 1. Il problema: tra esigenze di sintesi della didattica e di articolazione del discorso. – 2. Una (approssimativa) ipotesi di delimitazione del diritto privato (ai fini della didattica). – 3. La didattica del “diritto privato generale” e l’apporto dei c.d. diritti secondi: l’esempio del diritto del lavoro. – 4. Segue. Il rapporto di lavoro subordinato come paradigma delle relazioni contrattuali asimmetriche. – 5. Il piano dei rimedi: l’esempio del diritto antritrust e del *public enforcement* a tutela del consumatore. – 6. L’interesse meritevole di tutela, tra dogmatica ed elaborazione giurisprudenziale.

#### 1. Il problema: tra esigenze di sintesi della didattica e di articolazione del discorso

È innanzi tutto opportuno delimitare l’area tematica alla quale saranno dedicate queste considerazioni, nel solco delle indicazioni desumibili dal titolo che è stato assegnato al mio contributo. Così, e per cominciare, il riferimento alle interferenze disciplinari evoca uno scenario nel quale chi sia chiamato ad insegnare il diritto privato si deve confrontare con nuclei di regolamentazione attinenti appunto a discipline che, rispetto al diritto privato, possano essere considerate come distinte e, dunque, proprio perché tali suscettibili di interferire con il medesimo; posto che di interferenze in senso proprio sarebbe in effetti arduo discorrere ove si trattasse di nuclei di regolazione destinati a sovrapporsi. Di qui un primo aspetto del problema, che attiene alla delimitazione di quello che, in questo momento di evoluzione del sistema normativo, possiamo definire ‘diritto privato’, quanto meno ai fini della didattica, per poi poter definire l’ambito dei nuclei di regolamentazione in ipotesi con esso interferenti.

Una volta sciolto questo nodo definitorio, si tratta di affrontare il problema dello spazio da riservare alle discipline interferenti all’interno della didattica del diritto priva-

to e specificamente di quella che si svolge nell'ambito del primo anno dei corsi universitari. Infatti, se, da un lato, dedicare uno spazio significativo alle interferenze con altri nuclei di regolazione normativa può sembrare coerente con l'obiettivo di offrire subito allo studente un quadro sufficientemente completo dell'ordinamento giuridico anche nelle modulazioni, e reciproche innervature, dei diversi plessi in cui esso si articola, dall'altro lato, questa impostazione può risultare in contrasto con l'esigenza di semplificazione che deve guidare la didattica e, in particolare, quella istituzionale del diritto privato. Di qui l'esigenza di trovare un equilibrio, anche per quello che concerne il problema delle interferenze disciplinari, tra esattezza e molteplicità, per riprendere qui, sia pure con qualche approssimazione di significato, due tra le idee che, ormai quasi quaranta anni fa, Italo Calvino aveva individuato come destinate ad indirizzare il percorso della letteratura nel terzo millennio<sup>1</sup>.

Non è meno suggestiva, ma al tempo stesso densa di difficoltà, la linea di indagine che ci conduce a ragionare sulle relazioni tra vecchia e nuova dogmatica, nella misura in cui la stessa interpella la questione del modo con il quale le categorie dogmatiche debbano essere utilizzate nella didattica ed ancora dei limiti entro i quali ne vada illustrata l'evoluzione. Qui all'esigenza di offrire – già in sede di primo approccio didattico – un quadro non banalizzante, né tanto meno fuorviante, dei problemi e di mettere subito a disposizione di chi si accosta al diritto privato gli strumenti (le categorie dogmatiche, anche nella loro evoluzione diacronica), se non per risolvere i problemi stessi, quanto meno per acquisirne consapevolezza, si contrappone l'altra esigenza di non determinare in colui che apprende il diritto privato la convinzione, che si risolverebbe in una pericolosa illusione, di una sorta di autosufficienza delle categorie, tale da ostacolare la rilevazione, e la comprensione, della dimensione degli interessi, che è, a sua volta, e come è evidente, di fondamentale rilievo per restituire un'immagine attendibile del diritto privato come tecnica di regolazione dei rapporti e dei conflitti e che emerge soprattutto nella dimensione dell'applicazione giurisprudenziale.

L'ipotesi ricostruttiva che si tenterà di mettere a fuoco in queste pagine si propone di collegare, per così dire, i due nuclei problematici evocati nel titolo, verificando se una dimensione della didattica attenta alle interferenze tra diritto privato ed altre discipline possa anche essere messa a frutto sul piano di una riflessione relativa all'uso delle categorie dogmatiche, alla loro evoluzione ed alla loro utilizzazione nell'esperienza giurisprudenziale.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è, ovviamente, a CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, scritto nei primi mesi del 1985, ma pubblicato postumo nel 1988.

## 2. Una (approssimativa) ipotesi di delimitazione del diritto privato (ai fini della didattica)

Occorre innanzi tutto sciogliere il nodo definitorio, e di delimitazione di aree, del quale avevamo fatto cenno poc'anzi, e cioè verificare fin dove, in questo momento storico, si estenda l'area del diritto privato, inteso appunto – ai fini delle considerazioni qui svolte – essenzialmente nella prospettiva della didattica. Proprio per questa particolare, ed indubbiamente circoscritta, 'curvatura' del nostro discorso, sono destinate a restare sullo sfondo le riflessioni svolte, ad un livello assai maggiore di approfondimento e di ricchezza problematica, rispetto a quello che sarà possibile qui anche solo sfiorare, in epoca passata<sup>2</sup> così come anche assai di recente<sup>3</sup>, circa i confini del diritto privato.

Si tratta di confini naturalmente mobili nel tempo, come è del resto inevitabile per ogni fenomeno di un dato, qual è l'esperienza giuridica, integralmente collocato nella dimensione diacronica. Basti considerare, in via soltanto esemplificativa, che un criterio che era parso, in passato, tra quelli più pertinenti al fine di delimitare l'area di incidenza del diritto privato e cioè quello della situazione di equiordinazione (sia pure in ipotesi solo formale) tra le parti, appunto quale tratto caratteristico dei rapporti di diritto privato, è ormai da tempo drasticamente ridimensionato<sup>4</sup>; al punto che sarebbe difficile negare, in questo momento storico, che uno dei compiti del diritto privato sia proprio quello di intervenire su rapporti diseguali ed asimmetrici, per (tentare di) riportarli ad una dimensione di parità. In un ordine di idee analogo, anche la linea di confine tra diritto privato e diritto pubblico è sembrata del resto negli ultimi anni destinata ad un radicale ripensamento, muovendo "da un'idea per la quale pubblico e privato appartengono a piani totalmente diversi, all'idea che diritto pubblico e privato condividono la medesima missione in termini regolatori"<sup>5</sup>.

Tuttavia, e come si è poc'anzi accennato, quando il discorso riguarda la didattica, soprattutto se impartita a studenti del primo anno di corso, si può ancora fare ricorso, per delimitare l'ambito entro il quale la didattica deve svolgersi, a criteri meno rigorosi, se non proprio approssimativi, di delimitazione dell'area del diritto privato: criteri nei quali è destinata a giocare un suo ruolo anche la dimensione della tradizione della manualistica. Dalla rilevazione di quest'ultima emerge un quadro all'interno del quale l'insegnamento del diritto privato copre un'area che, muovendo da una prima messa a punto

<sup>2</sup> Deve essere menzionato in questa prospettiva, in particolare, il saggio di GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss., che concludeva nel senso dell'inconsistenza dei timori circa un'ipotetica pubblicizzazione del diritto privato, destinato invece a conservare non soltanto la propria autonomia rispetto al diritto pubblico, ma anche a far risaltare sempre più il ruolo dell'autonomia privata

<sup>3</sup> Qui il riferimento è al volume di ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

<sup>4</sup> Lo nota, proprio all'interno della riflessione, già richiamata, sui confini del diritto privato, ZOPPINI, *op. cit.*, 81.

<sup>5</sup> Così ancora ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., 82.

del problema delle fonti, si spinge, poi, lungo la linea soggetti – beni – atti – rapporti – attività, così racchiudendo al proprio interno le materie nelle quali è organizzata la disciplina delle vicende relative alle persone, ai rapporti che si costituiscono tra le stesse ed alle dinamiche di allocazione e circolazione della ricchezza. Questo consente di spiegare perché qualunque manuale di diritto privato, sia pure talora articolato in due volumi, conterrà al proprio interno – al di là, ovviamente, della diversità di taglio nell’esposizione della materia – capitoli sulle fonti, sui soggetti del diritto, sui beni, sulla famiglia, sulle successioni, sulle obbligazioni, e sulle loro fonti (contratto, fatto illecito, altri atti o fatti idonei a produrle), sulla tutela dei diritti: si tratta di articolazioni tematiche che possono dirsi tali da costituire un’area definibile, sia pure anche in questo caso con un discreto grado di approssimazione, come del diritto privato generale e che si contrappone ai c.d. diritti secondi e cioè quei nuclei di regolamentazione che, in relazione alla peculiarità degli interessi e delle relazioni che sono chiamati a governare, esibiscono *rationes legis* a loro volta peculiari e che, già sul piano dell’organizzazione della didattica, occupano uno spazio a sé, dato che il loro insegnamento è impartito in corsi specifici<sup>6</sup>.

La riflessione sulle interferenze disciplinari, cui ci invita il titolo assegnato al nostro intervento, ci conduce, dunque, ad interrogarci sul modo in cui i diritti secondi possano interferire con il diritto privato, nella prospettiva della sua didattica.

### 3. La didattica del “diritto privato generale” e l’apporto dei c.d. diritti secondi: l’esempio del diritto del lavoro

Un esempio significativo dell’evoluzione dei rapporti tra diritto privato generale e diritti secondi è quello del diritto del lavoro, che si è appunto staccato dal diritto privato generale in relazione alla peculiarità degli interessi e delle situazioni che esso è chiamato a regolare, in particolare avuto riguardo al fatto che, nel rapporto di lavoro, la relazione contrattuale non si lascia esaurire nello scambio tra un bene apprezzabile sul mercato, come la forza lavoro, ed il danaro, ma implica la persona stessa del lavoratore.

Sono ancora preziose, al riguardo, le considerazioni che, ormai oltre un ventennio fa, Paolo Grossi, delineando il profilo storico della cultura del civilista italiano, dedicava al paesaggio giuridico del primo Novecento<sup>7</sup>. Si legge, nella pagina di Grossi, che quel tor-nante di tempo registra, per il diritto in generale e, in particolare, per il diritto civile, il crollo di due miti, quello della semplicità e quello dell’astrattezza/purezza, poiché la società del momento storico immediatamente precedente, “pensata e risolta elitariamente come un teatro di modelli astratti, tutti uguali l’uno all’altro, e pertanto società di individui cui il diritto forniva le due armi essenziali della proprietà e del contratto – sta(va) di-

<sup>6</sup> L’impostazione ricostruttiva che contrappone il diritto privato generale ai diritti secondi si deve, in particolare, a CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 397 ss.

<sup>7</sup> Cfr. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, 53.

ventando società di massa, società che reclama un'economia di massa e questa economia di massa reclama figure più idonee a regolarla, figure che tengano conto della dimensione collettiva ormai di esperienza quotidiana e del fenomeno organizzativo ormai al centro del nuovo diritto": cosicché "sui vessilli dei giuristi più coinvolti – commercialisti e lavoristi – campeggiano l'impresa e il contratto collettivo, due figure che turbano profondamente i sonni del civilista vetero – borghese, perché scompigliano il suo laboratorio ed i suoi arnesi industriali"; in particolare, prosegue Paolo Grossi, "il contratto collettivo turba i sonni del giurista liberale, perché, al contrario di un contratto plurisoggettivo che è sempre contratto di individui, anche se plurimo, è posto in essere da una collettività contraente per la tutela dell'interesse della collettività".

Certamente, nessuno potrebbe più sostenere che il civilista del terzo millennio, nutrito, ormai, di prospettive metodologiche raffinate e sempre più affrancate dalle secche del formalismo e del dogmatismo, ed attento alla dimensione della disuguaglianza e delle asimmetrie contrattuali, debba attendere che il diritto del lavoro gli rammenti la necessità di "chinare lo sguardo sul terreno impuro delle lotte sociali"<sup>8</sup>; da questo punto di vista, dunque, e sul piano dell'insegnamento del diritto privato, che è soltanto quello che rileva ai fini della nostra analisi, l'utilità di inserire, all'interno della didattica del corso di diritto privato, e dunque nella sistematica dei manuali, anche la trattazione – sia pure sintetica – del diritto del lavoro potrebbe risultare davvero marginale, se non del tutto insussistente. Forse è anche questa – accanto alla constatazione pragmatica che potrebbe avere poco senso fare oggetto di un insegnamento istituzionale una materia destinata ad essere impartita all'interno di un corso ad essa specificamente dedicato – la ragione per la quale diversi manuali di diritto privato omettono del tutto di trattare la materia del diritto del lavoro<sup>9</sup>.

Vi è tuttavia una considerazione che può invece indurre a mantenere, all'interno della didattica del diritto privato, e della relativa manualistica, una trattazione di un diritto secondo come il diritto del lavoro, sia pure circoscritta evidentemente all'illustrazione dei profili generali della medesima e non estesa a tutte le articolazioni di essa, del resto per lo più affidate, ormai da tempo, alla legislazione speciale. Infatti, il diritto del lavoro ha svolto, per lunghi anni, e sta svolgendo tuttora in misura non trascurabile, nei riguardi del diritto privato generale, la funzione preziosissima, di inoculare, all'interno di esso, quelli che potremmo chiamare i germi – e si tratta di germi benefici – della complessità del reale<sup>10</sup>, costringendo il civilista a confrontarsi con questi ultimi e ad arricchire, dunque, le prospettive del suo discorso: e questo proprio perché, ancora di più del diritto civile della contemporaneità, "il diritto del lavoro è realtà impura, intriso com'è

<sup>8</sup> Così ancora Grossi, *La cultura del civilista italiano*, cit., 48.

<sup>9</sup> In particolare, non trattano affatto la materia del diritto del lavoro i manuali di G. Alpa, C.M. Bianca, R. Carleo, S. Martuccelli, S. Ruperto.

<sup>10</sup> Sulla complessità come categoria generale della scienza giuridica, cfr. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007, 203 ss.

di fatti sociali ed economici, specchio fedele del divenire mutevolissimo della società<sup>11</sup> e, prima ancora, anche in prospettiva diacronica, del diritto civile, il diritto del lavoro si sforza di sollevare il velo della forma giuridica al fine di individuare gli interessi concreti e le dinamiche reali di potere ad essi sottostanti. Ed è, del resto, probabilmente anche per questa ragione che il diritto del lavoro ha manifestato ben prima del diritto privato generale la propria insofferenza a restare ingabbiato dalla forma del codice civile<sup>12</sup>; e prima, oltre che più intensamente, del diritto civile generale ha modulato le proprie linee di sviluppo attraverso un dialogo intenso tra dottrina e giurisprudenza<sup>13</sup>, della cui importanza anche nella prospettiva della didattica del diritto privato si è già fatto cenno.

In altre parole, il diritto del lavoro, ormai da tempo abbandonata la posizione di “insignificante pertinenza del venerato diritto civile”, si delinea come un’officina o un cantiere al quale il civilista contemporaneo non può fare a meno di attingere, quando voglia davvero cercare di modellare le proprie categorie conoscitive, e, soprattutto, le soluzioni ed i rimedi predisposti, sulla sostanza economica delle cose. In questa prospettiva, dunque, il rapporto tra il diritto privato generale ed il diritto del lavoro, riguardato come diritto c.d. secondo rispetto ad esso non pone capo soltanto alla necessità di controllare, nell’ambito dei diritti secondi gli istituti giuridici e le categorie dogmatiche elaborati all’interno del diritto primo, ma si delinea nei termini di un rifluire verso il diritto primo delle questioni trattate all’interno del diritto secondo.

#### **4. Segue. Il rapporto di lavoro subordinato come paradigma delle relazioni contrattuali asimmetriche**

Una questione risulta particolarmente significativa dell’attitudine del diritto del lavoro, sul versante dei suoi rapporti con il diritto privato, che si è cercato fin qui di delineare e che appare preziosa anche dal punto di vista della didattica: quella relativa ai c.d. rapporti contrattuali asimmetrici, con riferimento ai quali il diritto del lavoro, per i tratti stessi del rapporto di lavoro subordinato, ha offerto, da tempo, un esempio di relazioni contrattuali caratterizzate, appunto, dall’attestarsi le parti di esse su una posizione non solo di forza economica, ma, ben di più, di potere informativo, differenziata le une rispetto alle altre<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Così GROSSI, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2008, 693: nel testo, il giudizio è riferito alla situazione della scienza civilistica e di quella giuslavoristica italiana nei primi anni Cinquanta del secolo scorso.

<sup>12</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 245 ss., in particolare, 271 ss.

<sup>13</sup> Cfr. il quadro, che di questa prospettiva di sviluppo del diritto del lavoro offre, R. SCOGNAMIGLIO, *Il dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza nella evoluzione del diritto del lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1998, 391 ss.

<sup>14</sup> È noto che proprio la constatazione della radicale asimmetria delle posizioni, rispettiva-



Soffermandosi, in uno scritto del 1967, sulla specialità del diritto del lavoro, uno dei fondatori di quest'ultimo, così come oggi lo conosciamo, ed un Maestro sia del diritto del lavoro che del diritto civile, individuava senza incertezze la funzione essenziale del diritto del lavoro nella tutela dei lavoratori, sottolineando che “storicamente e nella sua essenza profonda il diritto del lavoro si è formato ed è posto per questa tutela, corrispondente ad una specifica esigenza di protezione e difesa di chi deve lavorare alle dipendenze altrui per guadagnarsi la vita” e che “il motivo di tutela dei lavoratori, che si svolge dalle prime leggi protettive fino alla norma costituzionale sul diritto di sciopero, non è del resto se non una speciale e complessa versione del principio di tutela del contraente più debole e più ancora dei principi di effettiva libertà e concreta eguaglianza, oggi garantite dalla Costituzione e specialmente dall'art. 3”<sup>15</sup>.

In termini perfino più netti, ed in epoca meno risalente, un altro studioso caratterizzava la storia stessa del diritto del lavoro come “storia di una ‘debolezza contrattuale’, nella quale “l'assenza di autonomia individuale e la necessità di una forte integrazione eteronoma assumono il significato di una scontata conseguenza della prima”: cosicché “l'assenza di potere diviene fonte di un rapporto squilibrato, caratterizzato da uno stato di soggezione e da una sostanziale espropriazione nel governo della gestione del rapporto e fonte altresì dei suoi antidoti giuridici, segnatamente la norma inderogabile ed una parziale indisponibilità dei diritti”<sup>16</sup>.

Si può, dunque, in effetti dire che la riflessione sulla “debolezza contrattuale” abbia costituito una costante della scienza giuslavoristica, comunque tutt'altro che ignara – già nella stagione, così fervida, degli anni '70 – dell'esistenza, nell'ambito dei rapporti di diritto civile, di altre situazioni di sottoprotezione sociale ed altresì consapevole delle differenze tra queste e quelle di cui il diritto del lavoro è chiamato ad occuparsi, almeno nei termini in cui le stesse, in quel periodo storico, si delineavano. Infatti, nel tornante degli anni '70, “lavoratore e cittadino si allontanano nella stessa misura in cui se il secondo è

---

mente, del datore di lavoro e del lavoratore subordinato, ha potuto fondare, all'interno della dottrina giuslavoristica, la conclusione radicale dell'insufficienza dello schema del contratto a costituire il quadro di riferimento per la tutela del lavoratore in relazione alla “pesante condizione di inferiorità e debolezza del prestatore”, determinata dal vincolo della subordinazione (cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Argomenti dir. lav.*, 2/1999, 274 ss.): secondo una prospettiva, che potremmo definire di fuoriuscita dal contratto, che non è stata peraltro mai perseguita in questi termini nell'ambito del diritto civile generale.

<sup>15</sup> Così SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1967, 15, 17 s.; in prospettiva di analisi diacronica, si veda anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, cit., 246, il quale colloca alle origini stesse del processo di produzione normativa che ha condotto al formarsi del diritto del lavoro l'esigenza di protezione avverso lo sfruttamento dei lavoratori “abbandonati dalla inadeguatezza dello strumento contrattuale alla mercé dei datori di lavoro che detengono il potere economico”; ID., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 2006, 315 ss.

<sup>16</sup> Cfr. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro – Atti del X Congresso Nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 1994, 4.

destinatario dell'eguaglianza formale, solo il primo potrà avvalersi della 'rivoluzione promessa' con l'attuazione dell'eguaglianza sostanziale"<sup>17</sup>. Del tutto correttamente, dunque, nel quadro di un suggestivo tentativo di sistemazione degli anni '70 del diritto privato<sup>18</sup>, i lavoratori subordinati sono stati collocati - accanto alle donne, ai consumatori ed ai locatori - nell'area dei soggetti antagonisti: quasi a voler sottolineare che, per ciascuna di queste categorie, si pone, sia pure evidentemente in termini non coincidenti, il problema della loro contrapposizione rispetto a categorie titolari, nei loro confronti, di un potere, variamente modulato, di supremazia.

Ciò che, nella prospettiva da ultimo accennata, caratterizza il diritto privato generale, rispetto al diritto del lavoro, è piuttosto la consapevolezza, maturata nel settore del diritto privato generale in epoca più recente rispetto a quanto non sia accaduto in quello del diritto del lavoro, che "il dato unificante dei contratti le cui discipline definiscono il nuovo paradigma contrattuale non può identificarsi, riduttivamente, in una rigida categorizzazione socio - economica delle parti contraenti", dovendo invece essere ricercato nella "asimmetria di potere contrattuale": infatti, vi è "asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia - come quella tra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori - contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore"<sup>19</sup>.

Si può allora fondatamente ritenere che il diritto del lavoro abbia costituito l'antecedente storico più nitido e più risalente della costruzione della categoria del contratto asimmetrico che, in questa prospettiva, appare assai più figlia del contratto di lavoro che non del contratto del consumatore: categoria del contratto asimmetrico che, non "prigioniera di una connotazione di soggettività socio - economica" può aspirare ad uno statuto, e ad una collocazione, di categoria di parte generale, idonea a comprendere anche l'area dei contratti tra imprenditori che occupino sul mercato "posizioni fisiologicamente squilibrate"<sup>20</sup>.

Sotto il profilo della disciplina della figura generale del contratto asimmetrico, gli innesti più significativi che la regolamentazione del contratto di lavoro è stata in grado di apportare si riferiscono essenzialmente alla determinazione eteronoma del regolamento contrattuale, che dà luogo ad un vincolo contenutistico della libertà contrattuale.

Basti considerare al riguardo che, com'è noto, una delle soluzioni ermeneutiche ed applicative più interessanti accreditate nell'ambito dell'esperienza giuslavoristica, e pure dall'angolo visuale della riflessione del civilista, è stata rappresentata dall'attività integrativa del contratto di lavoro subordinato da parte del giudice per mezzo dell'in-

<sup>17</sup> Così MAZZOTTA, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, cit., 5.

<sup>18</sup> Cfr. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 313 ss.

<sup>19</sup> Così ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, 86-87, da dove sono tratte le citazioni riportate nel testo.

<sup>20</sup> Cfr. ancora ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 118.

serimento in esso delle clausole relative al corrispettivo in grado di assicurarne la determinazione in misura coerente rispetto all'esigenza di adeguatezza e sufficienza della retribuzione, sancita dall'art. 36 Cost.: proprio ai fini della didattica del diritto privato, questa soluzione interpretativa ha rappresentato una delle pochissime esemplificazioni, che potevano essere illustrate agli studenti, dell'equità integrativa ex art. 1374 c.c., almeno prima che la recentissima attenzione al problema delle sopravvenienze suggerisse a qualche autore di guardare anche a quella norma come base per un possibile intervento del giudice in grado di ripristinare l'equilibrio dei termini del rapporto, così come originariamente modellato dai contraenti<sup>21</sup>.

## 5. Il piano dei rimedi: l'esempio del diritto antitrust e del *public enforcement* a tutela del consumatore

Una seconda prospettiva di interferenze disciplinari, evocata anche nelle notazioni che accompagnano la locandina del Convegno che ha fornito l'occasione a queste riflessioni, attiene a quelle che si determinano, sul piano della tutela dei diritti, con rimedi di stampo non privatistico.

Il riferimento ai rimedi consente di dedicare in via preliminare qualche considerazione proprio alla prospettiva rimediabile nella didattica del diritto privato: prospettiva che si è aperta, com'è noto, in tempi ancora relativamente recenti. I manuali, su cui le generazioni formatesi fino alla fine degli anni '80 hanno studiato, affrontavano i problemi legati alla tutela giurisdizionale dei diritti all'interno di un discorso che di solito non andava molto oltre una messa a punto degli istituti disciplinati, e dei problemi risolti, all'interno del libro VI del codice civile. Successivamente, grazie anche alle suggestioni della comparazione con sistemi dove – secondo una formulazione ormai largamente accreditata – i rimedi precedono i diritti, il discorso del privatista si è esteso, com'è noto, ad una considerazione dinamica dell'esperienza giuridica, nella quale appunto i diritti vanno studiati primariamente nel momento in cui si inverano, per così dire, ricevendo protezione attraverso le diverse tecniche messe a disposizione dal sistema normativo.

È noto che, al riguardo, il punto di svolta culturale è rappresentato da un volume – quello di Adolfo di Majo sulla tutela civile dei diritti – la cui prima edizione risale al 1987<sup>22</sup> e da un Convegno, quello palermitano su Processo e tecniche di attuazione dei diritti organizzato da Salvatore Mazzamuto nel 1988; eppure, ancora ad oggi, l'importanza di una prospettiva rimediabile non è condivisa da tutti i manuali più largamente in uso, secondo quanto è reso evidente dalla constatazione che non sempre compare, già nell'indice analitico o nella intitolazione dei singoli capitoli/paragrafi<sup>23</sup>, la voce rimedi. Questa – non

<sup>21</sup> Cfr., in questa prospettiva, Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, nota a Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2435 ss.

<sup>22</sup> L'ultima edizione – la quarta – del volume risale al 2003.

<sup>23</sup> Essa non compare nel Torrente/Schlesinger/Anelli/Granelli; nel Gazzoni; nel Carleo – Mar-

ancora unanime – condivisione della prospettiva rimediale, potrebbe, a prima vista almeno, rendere ancora più difficile inserire, all'interno della didattica generale del diritto privato, una riflessione sui rimedi, e per di più su quelli di “stampo non privatistico”.

Tuttavia, ed anche da questo angolo visuale, una considerazione attenta al rapporto tra diritto privato generale e diritti secondi è in grado di dare qualche utile spunto, come può emergere, in particolare, dalla materia del diritto antitrust, oggetto a sua volta di insegnamenti specifici all'interno dell'organizzazione del corso di laurea in giurisprudenza, e dunque, anche per questo, certo insuscettibile di una trattazione puntuale sul piano della didattica del diritto privato; e qui il discorso può trarre alimento dall'ancora assai recente decisione delle Sezioni Unite 30 dicembre 2021 n. 41991<sup>24</sup> sui rimedi spettanti al contraente in caso di contratto concluso a valle di un'intesa antitrust. Quest'ultima sentenza, infatti, ha posto, tra l'altro, l'accento sulla maggiore coerenza del rimedio della nullità parziale, per la sua idoneità a realizzare nella maniera più puntuale l'interesse oggettivo del mercato cui ha riguardo la disciplina antitrust, ponendo così ancora una volta al centro del dibattito il ruolo che possa essere attribuito al *private enforcement* in materia antitrust<sup>25</sup>, sia con riferimento alla tutela reale – per riprendere la formulazione utilizzata dalle Sezioni Unite – assicurata dall'azione di nullità, sia per quanto concerne la tutela risarcitoria. Nel quadro del discorso che si sta qui svolgendo, non è certamente possibile approfondire il merito della soluzione accreditata dalle Sezioni Unite, bensì soltanto mettere a frutto i contributi che dalla stessa, e dunque da una questione all'apparenza tutta interna ad un diritto “secondo”, possono trarsi per la didattica relativamente ai rimedi privatistici della nullità e del risarcimento del danno.

Infatti, e quanto al primo rimedio, al ragionamento svolto dalla decisione in termini di efficienza della tutela di nullità, può in effetti opporsi che – ferma la possibilità del rilievo officioso della nullità all'interno di un giudizio già instaurato – la proposizione dell'azione di nullità resta comunque affidata all'iniziativa del singolo consumatore interessato ad introdurla: cosicché, sotto questo angolo visuale, vi è da interrogarsi circa

---

tucelli – Ruperto.

<sup>24</sup> Cfr., su di essa, limitando le citazioni agli scritti di commento alla pronuncia, MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 317 ss.; VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fidejussioni a valle: la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2022, 145 ss.

<sup>25</sup> Afferma, in particolare, PARDOLESI, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il decr. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, Pisa, 2017, 15, con accenti di scetticismo sul ruolo del *private enforcement* in materia, e che rimandano anche al problema generale delle funzioni della responsabilità civile, che “il private enforcement della disciplina antitrust dovrebbe essere in grado di vendicare torti con le caratteristiche su indicate: dispersione su grande numero di vittime, con incidenza individuale sovente limitata, ma portata complessiva a tanti zeri. Quello capace di sortire un risultato di tal fatta e, all'evidenza, un animale fantastico. Che non abita, e con ogni probabilità non abiterà dalle nostre parti. Come si è già anticipato, chi voglia proprio trovarlo deve rassegnarsi a traversare l'Atlantico”. La posizione di questo Autore sembra evocare, per certi aspetti, quella di Trimarchi: cfr. *infra*, nota 27.

l'idoneità anche dello strumento dell'azione individuale di nullità (parziale) a realizzare l'interesse oggettivo del mercato.

Il discorso si presenta ancora più articolato sul piano della tutela risarcitoria, dove viene in considerazione la formulazione contenuta nell'art. 1 della direttiva 2014/104/UE, e ripresa nell'art. 1 del D.Lgs. 3/2017, secondo il quale la regolamentazione da esso introdotta si riferisce a "chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese". Quest'ultima sentenza è stata talora interpretata nel senso che essa assolverebbe senz'altro un ruolo sociale, configurandosi, cioè, come un apprezzabile strumento di protezione sociale dei cittadini dell'Unione, accanto al diritto dei consumatori<sup>26</sup>.

È ben noto tuttavia che vi sono posizioni assai più scettiche – in parte evocate anche dalla motivazione della sentenza n. 41992/21 – circa l'effettiva idoneità degli strumenti della responsabilità civile ad essere utilizzati proficuamente quando si tratti di reagire a comportamenti posti in essere in violazione della disciplina normativa antitrust: da questo angolo visuale, si è sottolineato, in particolare, che le conseguenze dannose che possono scaturire da condotte violative della disciplina antitrust possono essere "conseguenze indirette, frazionate, in parte attenuate da aggiustamenti, di difficile valutazione: dunque con le caratteristiche, per lo più, della lesione di interessi diffusi, contro la quale la responsabilità civile non è lo strumento più appropriato e comunque opererebbe con difficoltà"<sup>27</sup>. Mentre, da parte di chi ha ritenuto del tutto insoddisfacente la tesi del solo risarcimento, si è individuato senz'altro come obiettivo delle strategie argomentative in materia, sullo sfondo dei principi quali quelli di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva, quello "di affiancare al risarcimento del danno anche un rimedio demolitorio dei rapporti ancora operativi creati sulla base di abusi e cartelli"<sup>28</sup>.

In quest'ordine di idee, si apre appunto la strada alla considerazione, in termini di efficienza avuto riguardo agli scopi perseguiti dalla disciplina normativa, dei rimedi non privatistici verso la quale ci indirizza pure la modifica, recentissima, al Codice del consumo, apportata dal d.lgs. 26/2023. Infatti, si sono in questo modo attribuiti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sia pure in un ambito – quello della protezione del consumatore avverso l'uso di clausole vessatorie ed il compimento di pratiche commerciali scorrette – diverso da quello della tutela antitrust, poteri sanzionatori assai più

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium.it.*, 14.2.2011, il quale sottolinea – e si tratta di rilievo importante anche al fine di delimitare puntualmente l'ambito di operatività in materia dell'istituto della responsabilità civile – che la *ratio* sociale in questo modo individuata per la disciplina antitrust "non sempre attraversano la responsabilità civile e, comunque, mai la attraversano in un modo che possa sensatamente investire il pregiudizio subito dal consumatore per essersi ritrovato a concludere un contratto a condizioni diverse e peggiori di quello che avrebbe concluso in una condizione di 'concorrenza perfetta'".

<sup>27</sup> Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2021, 242.

<sup>28</sup> Così DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del 'solo risarcimento' per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 406.

incisivi, con uno spostamento significativo del baricentro delle tecniche di protezione verso il *public enforcement*. Si pensi, in particolare, alla modalità di commisurazione delle sanzioni da irrogare pure tenendo conto delle condizioni economiche del professionista (art. 27, co. 9° del Codice del consumo) ovvero sulla base di un criterio percentuale rispetto al fatturato realizzato dal professionista (art. 27, co. 9°-bis), nonché per mezzo dell'introduzione di criteri che tengono conto, tra l'altro, della gravità della condotta del responsabile (art. 27 – co. 9°-ter; cfr. anche art. 37-bis da co. 2°-bis a co. 2°-quater).

È proprio la constatazione che, ormai, rimedi di natura non privatistica, come quelli affidati al *public enforcement* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non possono essere trascurati se si voglia offrire un quadro attendibile della materia della tutela del consumatore – e, dunque, di un argomento che certamente assume un ruolo di rilievo all'interno della didattica del diritto privato – a confermare, ci sembra, l'utilità di non escludere da quest'ultima il riferimento ai diritti secondi, come appunto quello antitrust, all'interno dei quali quei rimedi si sono, dapprima, delineati.

## 6. L'interesse meritevole di tutela, tra dogmatica ed elaborazione giurisprudenziale

Resta da dedicare qualche considerazione, sempre muovendosi sul piano della relazione tra diritto privato generale e diritti secondi, all'altro snodo di problemi evocato nel titolo dell'intervento: e cioè ai rapporti tra vecchia e nuova dogmatica, riguardati – in termini solo all'apparenza paradossali – attraverso l'angolo visuale dell'ermeneutica ed in particolare dell'interpretazione giurisprudenziale, che è il luogo dove gli interessi ricevono in concreto protezione e all'interno del quale, dunque, è dato saggiare la divisibilità, o meno, della dogmatica e dei modelli ricostruttivi da questa proposti.

Anche qui l'esemplificazione scelta è tratta da una recentissima decisione delle Sezioni Unite<sup>29</sup>, relativa ad un tipo contrattuale (il *leasing*) che di rado trova spazio, se non per rapidi cenni, nell'ambito della didattica del diritto privato e che ha fornito tuttavia l'occasione per una messa a punto di un concetto normativo (e cioè l'interesse meritevole di tutela cui ha riguardo l'art. 1322, 2° co. c.c.), il quale ha dato vita ad una ricchissima elaborazione dogmatica<sup>30</sup> e che, soprattutto negli ultimi anni, ha assunto un ruolo di particolare rilievo quale tecnica di controllo da parte del giudice dell'atto di autonomia privata (e, dunque, ancora una volta, sul piano dei rimedi).

<sup>29</sup> Si tratta di Cass. S.U. 23 febbraio 2023 n. 5657, che si legge, tra l'altro, in *I Contratti*, 2023, 251 ss., con nota di D'AMICO, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle Sezioni Unite*.

<sup>30</sup> Ben illustrata, da ultimo, nel volume monografico di *Storia Metodo Cultura*, 2022, dedicato appunto a *La meritevolezza*. Si veda, in particolare, all'interno di questo volume, il contributo di PIRAINO, *La meritevolezza degli interessi. Genesi, evoluzione, concetto e applicazioni*, 89 ss.

In particolare, il ritorno al centro del dibattito sulla causa del criterio della meritevolezza degli interessi<sup>31</sup>, con una vistosa curvatura in termini di funzionalizzazione ai valori che l'interprete ritenga fondamentali all'interno del sistema, aveva costituito il contesto culturale all'interno del quale si erano collocati i più recenti sviluppi giurisprudenziali in materia, almeno fino alla decisione delle Sezioni Unite appena richiamata. Secondo le indicazioni che si desumono proprio da una delle decisioni della Cassazione<sup>32</sup> che compongono quella che ben potrebbe essere definita la nuova stagione del giudizio di meritevolezza degli interessi, era dato individuare pronunce nelle quali l'immeritevolezza veniva ricollegata alla circostanza che il contratto avesse per "effetto di attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato"; altre in cui analogo esito veniva affermato perché il contratto era tale da "porre una delle parti in indeterminata soggezione rispetto all'altra"; ed altre ancora in cui l'immeritevolezza si sostanziava nel "costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti".

In questo quadro, la sentenza delle Sezioni Unite appena evocata, chiamata a decidere – come si è accennato – della meritevolezza dell'interesse perseguito da un contratto di *leasing*, all'interno del quale era presente una clausola (che prevedeva la variazione della misura del canone in funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra la valuta domestica ed una valuta straniera e che stabiliva altresì che l'importo mensile del canone restasse nominalmente invariato e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni fossero regolati a parte), ha sottolineato che anche la diretta applicazione dei principi quale tecnica di controllo dell'atto di autonomia privata "non può consentire di *prescindere* dal 'sistema' (rimediale) *legale*, e non può costituire né uno strumento di *superamento* dei presupposti che questo sistema pone per l'applicabilità dei rimedi che esso prevede (sulla base di un "bilanciamento" dei contrapposti interessi dei contraenti, e della considerazione altresì delle esigenze generali cui deve obbedire una regolamentazione del contratto efficiente e moderna) né, tanto meno, una concretizzazione che *contrast*i con le direttive che emergono dal sistema rimediale *legale*"<sup>33</sup>.

Naturalmente, gli snodi motivazionali della decisione sono molto più densi e complessi e lo studio degli stessi richiederebbe una trattazione assai articolata, incompatibile con l'orizzonte tematico – circoscritto a qualche notazione sull'assetto della didattica del diritto privato in questo momento storico – proprio di queste pagine; sembra tuttavia che anche da questa sentenza possa desumersi la conferma della necessità che la didat-

<sup>31</sup> Del quale costituisce un punto di emersione significativo anche la scelta, all'interno di una delle opere trattatistiche più autorevoli e diffuse, di riservare un'illustrazione specifica al problema della 'Meritevolezza della causa': cfr. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2019, 412 ss.

<sup>32</sup> Il riferimento è a Cass. 28 aprile 2017 n. 10509, in *Foro it.*, 2017, I, 1919, con nota di PARDOLESI e PALMIERI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*.

<sup>33</sup> Così D'AMICO, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit.

tica di diritto privato generale non perda di vista le sfaccettature problematiche che i diritti secondi esibiscono e che possono offrire occasioni di accreditamento, o di rimessa in discussione, di istituti e categorie, a loro volta strumentario insostituibile pure della didattica istituzionale.





### L'insegnamento del diritto privato: la prospettiva europea e comparata



Paola Iamiceli

**SOMMARIO:** 1. L'insegnamento del diritto privato e la prospettiva europea e comparata: valori comuni e tradizioni giuridiche plurali. – 2. Verso un nuovo approccio all'insegnamento del diritto privato. – 3. Diritto privato, dimensione europea e obiettivi formativi. – 4. Diritto privato, dimensione europea e metodo. – 5. I confini della materia privatistica in prospettiva europea. – 6. Diritto europeo e contenuti dell'insegnamento del diritto privato. – 7. Alcune considerazioni conclusive.

#### 1. L'insegnamento del diritto privato e la prospettiva europea e comparata: valori comuni e tradizioni giuridiche plurali

Riferendosi a un tempo, quello medievale, in cui “il diritto, che disciplina la vita quotidiana dei privati cittadini (...), si contraddistingue per la sua fattualità” ed elegge quale “fonte prevalente” “la pluralità delle mille consuetudine locali”, un Maestro che ci ha lasciato da poco, Paolo Grossi, così descriveva il ruolo dei “giuristi”: coloro che “sanno di diritto e che sono in grado – col proprio sapere – di tradurre i fatti economici e sociali in un ordine compiuto” e di “offrire quelle categorie concettuali, quei principii ordinanti capaci di mettere ordine nel magma incomposto dei fatti sociali ed economici”<sup>1</sup>. Tra questi giuristi, ruolo di primo piano avevano proprio i docenti universitari che operavano nelle

---

<sup>1</sup> GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi e domani*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, 681 seq, part. 683. Continua l'Autore: “Spetterà soprattutto alla scienza di offrire quelle categorie concettuali, quei principii ordinanti capaci di mettere ordine nel magma incomposto dei fatti sociali ed economici; e poiché non si ha un potere politico arrogante e invadente, la scienza può costruire un tessuto giuridico universale valevole per ogni dove e proiettato nei tempi lunghi.” Si veda anche GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2016, 45.

moltissime università allora sorte in tante città dell'Europa occidentale, “*docenti ascoltati e ammirati*”, artefici di un “tessuto che riveste tutta l'Europa civilizzata, teorizzato da docenti che si diffondono a insegnare in tutte le Università più prestigiose, attentamente studiato da giovani allievi che sciamano al di sopra dei tanti confini politici per ascoltare le lezioni dei Maestri più accreditati.” L'insegnamento del diritto privato (aveva, allora), una dimensione europea, che si poneva al di sopra di confini politici, in un contesto storico-politico peraltro e chiaramente molto diverso da quello attuale.

Pur richiamandoci espressamente alla necessità di diffidare da false assimilazioni o impossibili richiami alle origini (delle nostre università)<sup>2</sup>, lo stesso Maestro vede in queste fondamenta culturali le origini di un'attitudine del pensiero giuridico europeo a presentarsi come “autentico ordine” in un contesto “plurale”, che plurale resta e della pluralità delle tradizioni giuridiche fa la sua ricchezza più grande.

È, questa, tra le sfide più difficili che oggi affrontiamo nell'insegnamento del diritto privato, il cui elemento ordinante non si esaurisce nelle fonti di diritto interno, ma trova nella dimensione europea e sovranazionale co-elementi essenziali di un sistema intrinsecamente plurale<sup>3</sup>.

Quello qui richiamato è un processo complesso, che investe in primo luogo la scienza e la cultura giuridica. Proprio per questo non può non avere un riflesso sulla dimensione didattica. Scienza, cultura, insegnamento e apprendimento sono intrinsecamente legati<sup>4</sup>.

Con un balzo in avanti di otto-nove secoli rispetto alla nascita delle prime università, uno studio dell'Accademia internazionale di diritto comparato, pubblicato da Springer nel 2016, mostra che l'internazionalizzazione della formazione giuridica è di crescente rilevanza in quasi tutti i paesi del mondo esaminati (quasi venti), ed è percepita come una priorità dell'educazione superiore: così in primo luogo dagli accademici, ma nondimeno dai giuristi ‘pratici’ e talora dagli stessi governi<sup>5</sup>. Quello stesso studio

<sup>2</sup> “La storia, infatti, non ha modelli da imporre al presente e al futuro, giacché, come insegna già la antica sapienza sacra, ogni cosa ha il suo tempo e ogni tempo ha le sue cose. Dal forziere della storia si può solo trarre una ricchezza da mettere in rapporto dialettico con la nostra odierna consapevolezza all'unico fine di renderla più complessa, più ricca, più matura.” (GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., 682).

<sup>3</sup> GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 63. Cfr. VETTORI, *Il diritto privato europeo in una società sostenibile*, in MICKLITZ, VETTORI (a cura di), *What is European in European Private Law? Che cosa c'è di europeo nel diritto privato europeo?*, Milano, 2022, VII seq.

<sup>4</sup> LIPARI, *Una ricerca per l'insegnamento del diritto “privato”*, in Id. (a cura di), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, XI seq., part. XIII seq.

<sup>5</sup> Christophe Jamin, William van Caenegem. *The Internationalisation of Legal Education: General Report for the Vienna Congress of the International Academy of Comparative Law, 20–26 July 2014*, in JAMIN, VAN CAENEGEM (a cura di), *The Internationalisation of Legal Education*, Springer International Publishing Switzerland 2016, 3 seq, part. 20 seq.

Secondo l'impostazione metodologica proposta nello studio, l'“internazionalizzazione” della formazione giuridica superiore è descritta (più che definita) nei termini seguenti: “technology, travel, multinational business, the adoption of a few *linguae francae*, the creation of free-trade areas, instant access to law and information from around the world are all here to stay. The world

mostra tuttavia come tale fenomeno di 'internazionalizzazione' stenti poi a realizzarsi in concreto, specie con riguardo al c.d. primo ciclo della formazione superiore, a cui, al di là dell'adeguamento o meno al c.d. processo di Bologna, il diritto privato sicuramente si ascrive. In molti contesti nazionali, prosegue l'analisi, l'internazionalizzazione lascia fuori ("per ovvie ragioni", aggiungono i curatori) aree quali il diritto della proprietà, il diritto di famiglia e finanche la responsabilità civile<sup>6</sup>. In base a queste evidenze, a fronte della crescente rilevanza della dimensione internazionale nella formazione giuridica, l'insegnamento del diritto privato sembrerebbe ancora avere nel mondo una dimensione prevalentemente nazionale.

Questo è vero anche per l'Italia, dove tuttora non solo la manualistica riflette in modo più o meno pedissequo la struttura del codice civile, ma gli stessi orizzonti culturali dell'insegnamento del diritto privato si ancorano, almeno prevalentemente, a una prospettiva interna con riferimenti, senz'altro crescenti ma tutto sommato ancora prevalentemente occasionali, alla dimensione europea.

Ciò, è bene precisarlo, non perché oggi non si ritenga che il diritto europeo (visto in particolare come diritto dell'Unione europea) e finanche il diritto comparato siano parte necessaria del bagaglio culturale e scientifico nella formazione del giurista. Al contrario, entrambe queste dimensioni sono state fortemente volute dai giuristi italiani che si sono occupati di educazione superiore in Europa, es. in occasione delle conferenze delle Facoltà di Giurisprudenza del Consiglio d'Europa dalla fine degli anni Sessanta e lungo tutti gli anni Settanta<sup>7</sup>. Con approcci e aperture di diverso diametro, le università italiane hanno saputo rispondere a questo richiamo<sup>8</sup>.

---

has become more integrated, and the legal academic is actively responding to such a state of affairs – albeit, it would seem, at a relatively low pace. On the positive side of things, more and more students have an international dimension in their legal education, and are then imbued with the values of openness, cosmopolitanism, curiosity and engagement that come with it" (*op. cit.*, p. 5). La si distingue dal diverso fenomeno della globalizzazione, la cui concettualizzazione, si osserva, è più ideologicamente orientata e sfugge a una definizione 'neutra' del termine: "“Globalisation” in terms of legal practice tends to refer to the emergence of the so-called “global lawyer”, an ill-defined term which suggests cosmopolitan individuals familiar with different legal cultures, multilingual, at ease in the world of global trade and finance, and not concerned with national borders. (...) In addition, globalisation is sometimes seen as a cover for the overbearing influence of a single national system" (*op. cit.*, p. 5).

Sulla primaria rilevanza della dimensione internazionale nella formazione giuridica v. anche DI MATTEO, *Cosmopolitanism and the Private Law Text*, in *European Review of Private Law*, 2011, 669 seq.

<sup>6</sup> JAMIN, VAN CAENEGEM, *The Internationalisation of Legal Education*, cit., 10 seq.

<sup>7</sup> Cfr. SACCO, GIANOLA, *The History and Importance of Comparative Law in Italy*, in JAMIN, VAN CAENEGEM (a cura di), *The Internationalisation of Legal Education*, cit., 176.

<sup>8</sup> PASCUZZI, *L'insegnamento del diritto comparato nelle Università italiane*, Trento Law and Technology Research Group – Research Paper Series, <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001878/> Lo studio, aggiornato al 2009, attesta una rilevante, sebbene disomogenea, presenza di insegnamenti comparatici nelle università italiane e una prima attivazione di insegnamenti erogati, in questo

Eppure, la dimensione europea e quella comparata stentano ancora ad essere parte integrante della materia giurprivatistica. Una cosa è chiedersi se un laureato in giurisprudenza debba conoscere il diritto dell'Unione europea e il diritto comparato; altra cosa è riflettere sul se l'apprendimento del diritto privato debba essere proposto in modo tale da favorire, in chi apprende, la comprensione della rilevanza della dimensione europea e di quella comparata nello sviluppo del diritto privato stesso, ancorché italiano.

Del resto, per quanto il disegno didattico di un insegnamento non si misuri sui decreti ministeriali che qualificano i settori disciplinari contemplati nelle c.d. classi di laurea, non stupisce che un D.M. del 4 ottobre 2000 così definiva il settore del diritto privato: “*Il settore comprende gli studi relativi al sistema del diritto privato quale emerge dalla normativa del codice civile e dalle leggi ad esso complementari. Gli studi attengono, altresì, al diritto civile, ai diritti delle persone, della famiglia, al diritto dell'informatica e al biodiritto.*”

Ben altro il respiro che oggi si coglie nelle nuove declaratorie, ora alla firma della Ministra, che, in relazione al diritto privato, fanno esplicito riferimento “ai rapporti intersoggettivi regolati dal sistema delle fonti interne, unionali, internazionali ed emergenti dalle autonomie e dalle prassi sociali ed economiche anche di valenza transnazionale, nella loro interpretazione e applicazione nello spazio e nel tempo”, nonché a una “metodologia didattica” “plurale e principalmente finalizzata a far acquisire, anche attraverso strumenti di tipo esperienziale (laboratori, cliniche legali, seminari) la consapevolezza della molteplicità e complessità delle fonti e le competenze necessarie per interpretarle nella loro dimensione nazionale, europea e internazionale”<sup>9</sup>.

---

ambito, in lingua inglese da parte di alcuni Atenei.

Oggi l'insegnamento di materie comparatistiche (e non solo) in lingua inglese è senza dubbio più diffuso, ma soprattutto sono nati interi Corsi di laurea di classe giuridica (triennale e magistrale) in lingua inglese, specificamente orientati alla formazione di un giurista europeo e internazionale, pronto a impiegare gli strumenti metodologici della comparazione giuridica in un sistema di fonti multilivello. Sotto questo profilo, sia consentito il riferimento al *Comparative European International Legal Studies Programme (CEILS)*, primo Corso di laurea (primo livello) in Italia con queste caratteristiche, attivato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento nel 2017, nonché, tra i corsi attivati negli anni successivi, il *Global Law and Transnational Legal Studies Programme* dell'Università di Torino e il *Global Law Bachelor Programme* dell'Università Bocconi. Più ampio, seppur nel contesto di una classe di laurea di recente introduzione, il ventaglio dei Corsi di laurea magistrale di area giuridica di taglio internazionale e in lingua inglese: dai programmi dell'Università di Bologna (*Law, Economics and Governance; Legal Studies*), della Statale di Milano (*Law and Sustainable Development*), della LUISS Guido Carli di Roma (*Law, Digital Innovation and Sustainability*).

<sup>9</sup> A fine marzo 2023 il CUN ha trasmesso al Ministero, ai fini del relativo decreto di promulgazione, il documento contenente le declaratorie dei gruppi e settori disciplinari. Il testo, nella versione approvata dal CUN, è disponibile qui: [https://aipass.org/wp-content/uploads/2023/03/declaratorie\\_gsd\\_ssd\\_2023-1.pdf](https://aipass.org/wp-content/uploads/2023/03/declaratorie_gsd_ssd_2023-1.pdf).

## 2. Verso un nuovo approccio all'insegnamento del diritto privato

Le ragioni della necessità di un cambiamento sono molte. Alcune hanno a che fare con quelli che, a primo acchito, potrebbero sembrare i fondamenti di una scelta pedagogica incentrata sulla dimensione nazionale.

Tanto l'analisi storica quanto quella del diritto comparato<sup>10</sup> mostrano che le c.d. "categorie" del diritto privato non rappresentano un'entità data, ancorata a un sistema di "norme presupposto" di genesi nazionale, ma sono il risultato di un *processo*, che si colloca nel contesto di un quadro di valori condivisi<sup>11</sup>, le cui radici preesistono alla nascita degli Stati e alla codificazione e la cui evoluzione ha risentito del contatto tra i popoli e tra le tradizioni giuridiche di stati diversi<sup>12</sup>. Conoscere le fondamenta di quelle categorie e dei principi generali, che sottostanno alla costruzione di qualsiasi norma di diritto privato, significa 'contaminarsi' con quelle tradizioni, ben oltre i confini di un diritto privato statale e nazionale.

Questa considerazione, di tipo storico-comparatistico, si lega a un secondo profilo inerente alle basi valoriali del diritto privato. È stato detto che, per assolvere alla sua primaria funzione di governo di relazioni intrinseca al funzionamento di una società, il diritto privato deve trovare fondamento e legittimazione in un sistema di valori costituzionali condiviso tra i componenti di quella società<sup>13</sup>. Interi istituti del diritto privato non sarebbero comprensibili senza un saldo ancoraggio al riconoscimento dei diritti inviolabili di cui all'art. 2, Cost., al principio di uguaglianza, o al bilanciamento tra autonomia, libertà, salute, sicurezza, dignità umana (ma oggi anche ambiente), di cui all'art. 41, Cost.<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Le cui affinità metodologiche sono note alla dottrina e alla sua tradizione scientifica e pedagogica. V. la seconda delle c.d. tesi di Trento sulla comparazione giuridica: "La comparazione rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo un criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto. In questo senso, la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche". Sul tema, *amplius*, SACCO, ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, Padova, 2015, sesta ed., 12.

<sup>11</sup> LIPARI, *Introduzione*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, ESI, Napoli, 10 ss. Per una contrapposizione tra la qualificazione, propria della filosofia kantiana, delle categorie come forme *a priori* della nostra conoscenza, e l'idea della filosofia greco-medievale, che tende a vedere nella categoria un riflesso della realtà, v. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 10 ss.

<sup>12</sup> "[L]'evoluzione storica o l'elaborazione della giurisprudenza pratica possono condurre ad una diversa articolazione categoriale, pur restando invariato il dato normativo e quindi il riferimento a un istituto nominato" (LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 22).

<sup>13</sup> COLLINS, *Cosmopolitanism and Transnational Private Law*, in *European Contract Law Review*, 2012, 311 seq. Si veda anche DI MATTEO, *Cosmopolitanism and the Private Law Text*, cit.

<sup>14</sup> Già in chiave europea, v. RODOTÀ, *L'identità sociale dell'Europa: Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 21 seq., dove si mettono in luce i rischi di una dissociazione tra prospettiva costituzionale e prospettiva civilistica: "Si rischia (...) di avere una Unione europea a due velocità: una Unione "costituzionale", fondata sui diritti fondamentali; una Unione "privatistica", ancora ancorata alla logica di mercato".

Se è vero che gli Stati moderni hanno saputo definire questa cornice assiologica nelle costituzioni nazionali, siano queste scritte oppure no, non si può non vedere come i conflitti mondiali abbiano sollecitato la costruzione di un sistema di valori e principi condivisi su scala globale, che quanto meno integrano le basi valoriali delle norme privatistiche, non confinate dunque, neppure sotto questo profilo, a una dimensione esclusivamente nazionale. Questa cornice è oltremodo significativa nel contesto di un'Unione europea che nel 2009 ha conferito alla c.d. Carta di Nizza il valore giuridico dei Trattati<sup>15</sup>.

L'idea per cui il diritto privato, e con questo il suo insegnamento, porti con sé una prospettiva intrinsecamente nazionale presenta dunque molti limiti.

Secondo la riflessione, certamente non isolata, di un giuscomparatista olandese, la preparazione del giurista di oggi (e di domani) dovrebbe comprendere tre dimensioni<sup>16</sup>: (i) quella intra-sistemica, essenzialmente incentrata sul diritto nazionale; (ii) quella inter-sistemica, essenzialmente volta a comprendere le relazioni tra i diversi sistemi giuridici non solo al fine di compararli, ma anche di comprendere (ed eventualmente anticiparne) le relative contaminazioni; (iii) quella supra-sistemica, aperta a comprendere il ruolo del diritto sovranazionale (europeo e internazionale) nella determinazione di regole e principi applicabili in contesti nazionali e non.

La questione esaminata in queste pagine è se e in che misura questo approccio debba risultare dalla combinazione di più insegnamenti nell'ambito dello studio universitario del diritto, oppure se questo approccio multi-livello debba riguardare tutti gli insegnamenti e, tra questi, quello del diritto privato.

Molte le considerazioni che impongono una risposta positiva al secondo interrogativo, offrendo spunti non solo sul *se* di questo mutamento di prospettiva, ma anche sul *come*.

L'analisi che segue illustrerà alcuni di questi spunti e considerazioni, avendo particolare attenzione alla rilevanza della prospettiva europea nell'insegnamento del diritto privato. Senza pretesa alcuna di completezza rispetto a temi tanto complessi, la rilevanza del diritto comparato sarà dunque esaminata in relazione alla dimensione europea del diritto privato, chiaramente non l'unica per la quale la formazione comparatistica svolge un ruolo essenziale nella preparazione del giurista.

In via di estrema sintesi e di prima approssimazione, si può affermare che il diritto europeo produce un impatto sull'insegnamento del diritto privato sotto molteplici profili, e in particolare:

<sup>15</sup> MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014; ID., *I limiti del patrimonio comune europeo e il movimento postclassico nel diritto privato europeo*, in MICKLITZ, VETTORI (a cura di), *What is European in European Private Law?*, XXIII seq. Sui riflessi in materia privatistica, v. Arthur Hartkamp, *European Law and National Private Law. Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals*, Intersentia, 2016, 173 seq.

<sup>16</sup> Sjeff van Erp, *Teaching Law in Europe: from an intra-systemic, via a trans-systemic, to a supra-systemic approach*, in Aalt Willem Heringa, Bram Akkermans, *Educating European Lawyers*, Intersentia, 2011, 79 seq.

- sugli obiettivi e i risultati di apprendimento attesi;
- sul metodo di insegnamento e apprendimento;
- sui confini della materia di insegnamento;
- sui contenuti dell'insegnamento.

### 3. Diritto privato, dimensione europea e obiettivi formativi

Si dice spesso che compito della formazione in ambito giuridico sia oggi quello di formare giuristi autenticamente europei (o, secondo alcuni, globali), persone dunque che, in ciascuno degli ambiti e delle vesti professionali che assumeranno, siano in grado di definire, ricercare, conoscere, interpretare, applicare il diritto in un contesto ormai globalizzato o internazionale, ben oltre i confini del vecchio continente o quelli, più circoscritti, dell'Unione<sup>17</sup>.

Che cosa ciò significhi in termini di obiettivi formativi, è meno esplorato. Alcuni spunti si legano al rapporto tra conoscenze e competenze<sup>18</sup>.

La dimensione europea del diritto privato porta infatti a valorizzare, ben oltre il sistema di conoscenze che nell'insegnamento del diritto privato deve essere assicurato (e sui cui contenuti si tornerà oltre), quelle che, in chiave pedagogica, sono definite le competenze, vale a dire le capacità di utilizzare le conoscenze in contesti reali o ipotetici.

Sotto il profilo delle competenze, il docente di diritto privato sarà chiamato sempre più a fornire al discente gli strumenti utili a orientarsi in un sistema di fonti multilivello, non più semplicemente assistito dal criterio gerarchico delle fonti, ma sempre più ope-

---

<sup>17</sup> Alcuni corsi di studio presenti in Italia e all'estero hanno questo specifico obiettivo. Oltre ai corsi di studio menzionati nella nota no. 8, si veda, all'estero, a mero titolo di esempio, i corsi della European Law School dell'Università di Maastricht (<https://curriculum.maastrichtuniversity.nl/nl/onderwijs/bachelor/bachelor-european-law-school>) o, tra quelli in doppia lingua, il Bachelor in diritto dell'Università di Lussemburgo con una forte connotazione transnazionale.

<sup>18</sup> La distinzione, fondata sugli studi pedagogici applicati nei diversi gradi della formazione (cfr. WINTER, *Conoscenza e competenze come risorse strategiche*, in TEECE (a cura di), *La sfida competitiva*, Milano, 1989), trova espressione nei c.d. Descrittori di Dublino che informano la progettazione dei Corsi di studio universitari (cfr. ANVUR, *Accreditamento periodico delle sedi e dei corsi di studio universitari. Linee guida per l'autovalutazione e la valutazione del sistema di assicurazione della qualità negli atenei*, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 3 del 12 gennaio 2023, disponibile su [https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2023/02/AVA3\\_LG\\_Autovalutazione\\_Valutazione\\_2023\\_01\\_12.pdf](https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2023/02/AVA3_LG_Autovalutazione_Valutazione_2023_01_12.pdf)).

rante in un coacervo di competenze concorrenti tra autorità di diverso livello istituzionale (locale, nazionale, europeo) e di diversa natura (pubblica o privata)<sup>19</sup><sup>20</sup>.

Se le coordinate di questa difficile navigazione sono materia del diritto pubblico e del diritto dell'Unione europea<sup>21</sup>, l'uso di queste coordinate quando si affrontano temi di tutela della persona, responsabilità civile, validità del contratto, per fermarsi solo ad alcuni esempi, dovranno necessariamente entrare nelle aule del diritto privato.

Un secondo elemento di rilievo nel percorso formativo del giusprivatista, se visto attraverso la lente del diritto europeo, riguarda la conoscenza e la capacità di applicare principi generali (di nuovo, conoscenze e competenze)<sup>22</sup>: quello che Paolo Grossi ha chiamato "un messaggio giuridico tipico proveniente dal laboratorio/Europa: oltre le norme valgono i principi"<sup>23</sup>.

In un contesto sempre più complesso di norme, tanto più per effetto delle politiche di derivazione unionale, l'insegnamento giusprivatistico, soprattutto quello delle istituzioni e dunque l'insegnamento dei primi anni, non può che essere orientato ai principi: i principi generali del diritto, non solo privato e non solo nazionale, ma senz'altro europeo<sup>24</sup>.

E così, difficilmente, si introdurranno i tempi del bilanciamento tra riservatezza e libertà di espressione, senza richiamare, anche nella dimensione europea, il principio di proporzionalità<sup>25</sup>; difficilmente si parlerà di invalidità del recesso dal contratto e del

<sup>19</sup> Questa dimensione richiama un ambito nuovo della preparazione giusprivatistica associato agli sviluppi, in parte indotti dai processi di armonizzazione europea, della regolazione privata. Sul tema, CAFAGGI, *The many features of transnational private rule making: the unexplored relationships between jura mercatorum, customs, and global regulatory law*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2015, 101 seq; BROWNSWORD et al. (a cura di), *Contract and Regulation. A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017.

<sup>20</sup> LIPARI, *Per un nuovo manuale di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 157 seq.

<sup>21</sup> Salvo integrarli con gli strumenti tipicamente privatistici della regolazione privata, su cui v. nota precedente\*.

<sup>22</sup> LIPARI, *Per un nuovo manuale di diritto privato*, cit., 159 seq.

<sup>23</sup> "Il principio, infatti, non ha né la secchezza né la durezza – pertanto, non ha la rigidità – del comando, ossia della regola autoritaria. La sua naturale elasticità lo rende permeabile dalla dinamica rapida degli interessi e da quella lentissima dei valori; serba, pertanto, una preziosa virtù espansiva tendendo ad appropriarsi di tutto il meglio che circola intorno durante il cammino." (GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa*, cit., 693).

<sup>24</sup> TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006; REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014; CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, part. 15 seq., 87 seq.; Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, 2017. Sia altresì consentito il rinvio a CAFAGGI, IAMICELI, *The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, 575 seq.

<sup>25</sup> V., tra molte, CGUE (Grande Sezione) 24 settembre 2019, causa C-136/17, GC et al v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), ECLI:EU:C:2019:773. Per un'analisi della giurisprudenza europea in questa prospettiva, sia consentito il rinvio a IAMICELI, CAFAGGI, ANGIOLINI (a



licenziamento senza confrontarsi con il principio di non discriminazione<sup>26</sup>; difficilmente si parlerà di rimedi civilistici del consumatore senza introdurre il principio di effettività della tutela nella sua dimensione costituzionale interna e in quella (solo in parte coincidente) europea<sup>27</sup>.

E difficilmente si proverà a guidare gli studenti nell'arduo percorso di applicazione dei principi senza spiegare loro il ruolo che, sotto questo profilo, rivestono non solo le norme costituzionali, ma anche quelle della Carta europea dei diritti fondamentali, ad alcune delle quali è stata attribuita efficacia diretta (dunque a prescindere dalla trasposizione di norme di diritto interno) e orizzontale (dunque nei rapporti tra privati) dalla stessa Corte di giustizia<sup>28</sup>.

#### 4. Diritto privato, dimensione europea e metodo

Obiettivi formativi e metodo di insegnamento sono strettamente correlati.

Le implicazioni che derivano da questa correlazione saranno qui esaminate sotto tre profili:

- l'approccio funzionale e lo strumento casistico
- gli strumenti metodologici della comparazione
- l'approccio interdisciplinare

(i) *Competenze di orientamento in un sistema di fonti multilivello: l'importanza dell'approccio funzionale e dello strumento casistico.* Se tra gli obiettivi formativi non può sfuggire l'acquisizione di conoscenze e competenze idonee all'individuazione e all'applicazione di regole e principi in un sistema di fonti multilivello, il metodo di insegnamento dovrà arricchirsi di componenti ulteriori rispetto a quelle tradizionali.

---

cura di), *Effective Data Protection and Fundamental Rights*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, 122 seq., disponibile su [https://www.fricore.eu/sites/default/files/content/materials/4.\\_fricore\\_casebook\\_-\\_data\\_protection\\_isbn\\_fp\\_cp\\_002\\_dd.pdf](https://www.fricore.eu/sites/default/files/content/materials/4._fricore_casebook_-_data_protection_isbn_fp_cp_002_dd.pdf).

<sup>26</sup> IAMICELI, COLOMBI CIACCHI, LANE, NOWAK (a cura di), *EU Fundamental Rights and Non-Discrimination: Effective Protection in the Light of Article 21 of the Charter Publisher: Scuola Superiore della Magistratura*, Roma - 2022, disponibile su [https://www.fricore.eu/sites/default/files/content/materials/2.\\_fricore\\_cb\\_non\\_discrimination\\_fv\\_ll\\_cp\\_dd.pdf](https://www.fricore.eu/sites/default/files/content/materials/2._fricore_cb_non_discrimination_fv_ll_cp_dd.pdf).

<sup>27</sup> VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., part. 103 seq.; CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., part. 100 seq.; IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo*, Editoriale Scientifica, 2020. Per un'ampia disamina della giurisprudenza europea in tema di diritto dei consumatori alla luce del principio di effettività, sia altresì consentito il rinvio a IAMICELI, CAFAGGI, ARTIGOT I GOLOBARDES (a cura di), *Effective Consumer Protection and Fundamental Rights*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, disponibile su [https://www.fricore.eu/sites/default/files/content/materials/fricore\\_consumer\\_casebook\\_final\\_pi\\_cp\\_002\\_dd.pdf](https://www.fricore.eu/sites/default/files/content/materials/fricore_consumer_casebook_final_pi_cp_002_dd.pdf).

<sup>28</sup> CGUE (Grande Sezione), 17 aprile 2018, causa C-414/16, Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, ECLI:EU:C:2018:257.

Diversamente dal codice civile, che procede per istituti, le fonti multilivello, che sempre più compongono il quadro di riferimento del giusprivatista, seguono un approccio funzionale, facendo proprio quello stesso richiamo alla realtà, che ha animato decenni di riflessione sull'insegnamento del diritto (privato)<sup>29</sup>.

Nel diritto privato europeo si regola il trattamento dei dati personali (e non i singoli diritti della personalità); la libera scelta della legge applicabile alla circolazione dei beni *mortis causa* (e non il regime del testamento o i singoli diritti reali che ne sono investiti); l'uso di pratiche scorrette nei rapporti commerciali tra imprese o tra imprese e consumatori (e non l'invalidità del contratto); il governo delle relazioni privatistiche tra imprese che possano assicurare una crescita sostenibile per l'ambiente e la società (e non il contratto con effetti protettivi verso il terzo o la responsabilità per lesione degli interessi diffusi)<sup>30</sup>.

Senza oscurare gli istituti, un insegnamento del diritto privato, che prenda sul serio le trasformazioni indotte dal diritto europeo, deve arricchirsi di un approccio funzionale e per problemi. Ciò al fine di illustrare come i diversi istituti concorrano al perseguimento degli obiettivi sottesi alle norme e non viceversa.

Si tratta di un percorso assai più complesso, che richiede una conoscenza ancora più profonda degli istituti, non ridotta a vuoti tecnicismi, ma idonea a illustrare i vantaggi comparativi dell'uno strumento rispetto all'altro.

Che la pratica scorretta sia contrastata mediante annullabilità del contratto, riduzione del prezzo o risarcimento del danno è punto di approdo di un'analisi, che presuppone una conoscenza di ciascuno degli istituti tesa a valutarne l'idoneità al perseguimento del fine di tutela e le diverse implicazioni per gli interessi in gioco.

Un approccio funzionale allo studio degli istituti privatistici sarà tanto più efficace quanto più accompagnato all'esperienza casistica e all'analisi giurisprudenziale, anche europea<sup>31</sup>.

Quell'esercizio applicativo, che già in tempi lontani e in contesti molto diversi da quelli attuali, aveva suggerito l'importanza di completare la conoscenza del dato scientifico attraverso una sua verifica pratica sul caso concreto, diventa "palestra di formazione tecnica del discente"<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> LIPARI, *Una ricerca per l'insegnamento del diritto "privato"*, cit., XV seq. Da ultimo, Id., *Per un nuovo manuale di diritto privato*, cit., 159 seq.

<sup>30</sup> Cfr. LIPARI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, 2 ("in una stagione dell'esperienza giuridica in cui per molti versi si va perdendo la dimensione sistematica del sapere, la prospettiva europea assume un ruolo significativamente innovativo perché aiuta a saldare le cose nuove con quel quadro complessivo che è il dato qualificante di qualsiasi «ordinamento»").

<sup>31</sup> Per una comparazione tra diversi approcci all'uso di metodologie casistiche nella tradizione didattica tedesca e in quella statunitense, si veda S. PATTI, *Sul metodo di insegnamento nelle Facoltà di giurisprudenza (a proposito di un saggio di Wolfgang Fikentscher)*, in *Giur. It.*, 1979, IV, c. 185 seq.

<sup>32</sup> NAPPI, *Sul valore formativo dell'esercizio casistico. Invito alla rilettura della 'Crestomazia' di Emanuele Gianturco*, in GATT, CAGGIANO (a cura di), *La crestomazia di Emanuele Gianturco. La rilettura*

Ben oltre la “valorizzazione dello statuto epistemologico della tecnica entro il tradizionale schema della prudenza (giuridica)”<sup>33</sup>, l’insegnamento casistico del diritto privato in prospettiva europea indirizza lo studente a percorrere i difficili meandri del dialogo tra Corti nazionali e corti europei, confrontandolo con gli istituti della *disapplicazione* del diritto privato interno, *dell’interpretazione conforme* e del *rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia, di cui, solo se esaminati in relazione a casi concreti, si può comprendere la portata. Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del diritto privato europeo non può non entrare nel bagaglio formativo dello studente del diritto privato<sup>34</sup>; l’esposizione al c.d. ‘ciclo di vita’ del caso oggetto di rinvio pregiudiziale diventa strumento di apprendimento prezioso di un processo di armonizzazione che coniuga il principio di supremazia del diritto europeo con gli strumenti del dialogo<sup>35</sup>.

(ii) *L’insegnamento del diritto privato in prospettiva europea e gli strumenti metodologici della comparazione*. Questo dato porta a un secondo profilo metodologico. Nella cornice europea composta da principi generali di immediata applicazione in ambito privatistico e caratterizzata da una sempre crescente legislazione gius-privatistica interna di derivazione europea e da un sempre maggiore ricorso alla Corte di giustizia quale meccanismo di soluzione dei conflitti (reali o potenziali) tra diritto privato interno e diritto europeo, il diritto comparato diventa uno strumento indefettibile nella preparazione di ambito privatistico<sup>36</sup>.

Ciò, in primo luogo perché la stessa produzione del diritto privato europeo, sia questa veicolata da regolamenti, direttive o dagli sviluppi della Corte di giustizia, è spesso il frutto della contaminazione tra le diverse tradizioni giuridiche sviluppate in ambito nazionale. Un processo dinamico, mutato nel tempo, che è stato descritto come di coevoluzione, proprio perché diritto europeo e diritti nazionali evolvono, talora indipendentemente l’uno dall’altro, ma influenzandosi reciprocamente<sup>37</sup>.

A un secondo livello, quella che è stata anche chiamata una “fertilizzazione incrociata” tra ordinamenti continua: (a) sia nel contesto dei processi di trasposizione delle di-

---

*sistemica di Filippo Nappi per una nuova didattica del diritto privato*, Napoli, 2020, 64.

<sup>33</sup> NAPPI, *op. ult. cit.*, 65.

<sup>34</sup> LIPARI, *Introduzione alla prima edizione*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, cit., 11 seq.; CAFAGGI, LAW, *Judicial dialogue in European private law: introductory remarks*, in Id., (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017, 1 seq.

<sup>35</sup> CAFAGGI, *The impact of CJEU judgments on national legal systems: preliminary thoughts on the link with judicial dialogue*, in CASAROSA, MORARU, *The practice of judicial interaction in the field of fundamental rights*, Cheltenham, 2022, 378 seq.

<sup>36</sup> LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2000, 7 seq. GERVEN, *Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level*, in CAFAGGI (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, 2006, 37 seq, part. 65 seq.

<sup>37</sup> Cfr., a venticinque anni dalla pubblicazione di WEILER, *The Transformation of Europe*, 100 *Yale Law Journ.* 2402 (1991), POIARES MADURO, WIND (a cura di), *The Transformation of Europe Twenty-Five Years On*, Cambridge, 2017 (v. part. MICKLITZ, *The transformation of private law*, *ibidem*, 289 seq.).

rettive, specie se di armonizzazione minima, là dove ciascun legislatore nazionale adatta la medesima direttiva al contesto giuridico nazionale, comprensivo dei diversi formanti (legislativo, giurisprudenziale, dottrinale); (b) sia nel contesto dei procedimenti di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>38</sup>.

In primo luogo, è la stessa Corte a dover far propria una prospettiva comparata per poter tener conto delle specificità del diritto nazionale in relazione allo Stato del giudice referente: solo alla luce di questa analisi (che dunque usa – o dovrebbe usare – gli strumenti del diritto comparato<sup>39</sup>) il principio di diritto enunciato dalla Corte di giustizia può essere compreso nella sua essenza.

Inoltre, complice una diversa propensione dei giudici nazionali a interpellare il giudice di Lussemburgo, le sue decisioni finiscono molto spesso per produrre effetto in paesi diversi da quelli a cui appartengono i giudici referenti<sup>40</sup>. Se è vero allora che la Corte di giustizia deve assicurare un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, ciò non esclude che uno stesso principio di diritto possa produrre un diverso impatto in ciascuno Stato in ragione delle specificità proprie del diritto privato nazionale. Anzi, talora è la stessa Corte che, limitandosi a enunciare un principio a maglie larghe, richiede che il giudice nazionale individui lo strumento giuridico che, alla luce del diritto nazionale, possa rispondere alle finalità associate a un'applicazione (effettiva) del diritto dell'Unione<sup>41</sup>.

Sono dunque gli strumenti metodologici del diritto comparato che, offerti in insegnamenti *ad hoc*, dovrebbero poi essere richiamati nell'insegnamento del diritto privato, quando si voglia mettere in luce, per un verso, la genesi e, per l'altro, le implicazioni del dialogo tra corti nazionali e corte europea sul diritto privato interno in un contesto di tradizioni plurali, che tali restano pur nei processi di armonizzazione<sup>42</sup>. In altri termini, una preparazione giusprivatistica che faccia propria una dimensione europea, non può prescindere da una dimensione comparatistica essenziale.

(iii) *Prospettiva europea e interdisciplinarietà nell'insegnamento del diritto privato*. Ancora, in punto di metodo, più del diritto interno, il diritto europeo esercita una spinta significativa verso l'interdisciplinarietà dei saperi, sia dentro che fuori l'ambito strettamente giuridico.

<sup>38</sup> DE WITTE, MAYORAL, JAREMBA (a cura di), *National Courts and EU Law New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham, 2016; VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2018, 1341 seq.; CAFAGGI, *The impact of CJEU judgments on national legal systems*, cit.

<sup>39</sup> Si veda, per un esempio, l'Opinione dell'AG Szpunar nella causa C-18/18 (*Facebook Ireland Ltd*), 18 giugno 2019, par. 89 seq.

<sup>40</sup> Cfr. LIPARI, *Introduzione alla prima edizione*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, cit., II seq.

<sup>41</sup> *Ex multis*, CGUE, causa C-269/19, *Banca B*, EU:C:2020:954.

<sup>42</sup> Sulla differenza tra armonizzazione e uniformazione, VAN GERVEN, *Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level*, cit.

A tal proposito occorre ricordare che la stessa base giuridica della competenza dell'Unione nell'area del diritto privato ha un carattere funzionale e non disciplinare: inerisce al funzionamento del mercato interno, alla tutela del consumatore, alla salvaguardia dell'ambiente (per fermarsi ad alcuni esempi) e non alla materia privatistica in quanto tale o ai suoi singoli istituti. Di qui la difficoltà del legislatore nazionale (sicuramente il nostro) di tradurre la trasposizione delle direttive in puntuali rivisitazioni delle norme del codice civile.

Il diritto europeo, dunque, attraversa il diritto privato degli Stati lungo un percorso che quasi sempre supera e ridisegna i confini tra diritto pubblico e diritto privato, tra diritto sostanziale e diritto processuale e costringe il legislatore nazionale, il giudice, l'interprete e il docente universitario a preoccuparsi delle inter-relazioni tra queste aree del diritto.

Ancor prima, l'approccio funzionale del diritto europeo condivide, con le moderne tecniche regolatorie impiegate anche in ambito nazionale, una specifica attitudine a contaminare la scienza giuridica con altre scienze: le scienze sociali ed economiche, le scienze della vita, le scienze tecnologiche. Basti pensare, a titolo di mero esempio, all'impatto che gli studi comportamentali (di stampo psicologico, sociale ed economico) producono sul diritto europeo dei consumatori<sup>43</sup>, al ruolo delle scienze dei dati e delle tecnologie digitali nella costruzione del c.d. diritto digitale europeo, all'essenziale contributo delle scienze tecnologiche, della vita, del clima nella definizione degli standard di sicurezza e, ora, di sostenibilità che sottostanno a tanta parte della legislazione europea che incide sul diritto privato interno.

Queste contaminazioni richiedono un insegnamento del diritto privato che, lungi dall'essere governato da tuttologi, metta in luce le intersezioni tra le diverse discipline e stimoli la curiosità degli studenti nell'apprendere linguaggi nuovi, a un livello tale che consenta loro un domani di dialogare con i non giuristi, formulare loro domande e comprendere risposte.

Chiaramente questo percorso è efficace solo se lo sforzo venga da tutte le aree disciplinari, il che non è scontato nel contesto attuale.

## 5. I confini della materia privatistica in prospettiva europea

Si è già avuto modo di osservare come la prospettiva europea solleciti un insegnamento del diritto privato aperto alle contaminazioni interdisciplinari entro e al di là dei confini della scienza giuridica. Si è anche precisato che questo rilievo non deve e non

---

<sup>43</sup> Per una recente applicazione giurisprudenziale dell'approccio *behavioral* alla tutela del consumatore, si veda il rinvio pregiudiziale presentato alla Corte di giustizia dal Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 10 ottobre 2022 n. 8650 (su cui v. il commento di BONA, BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici (scienze cognitive e neuro-scienze varcano la soglia di palazzo Spada)*, in *Foro It.*, 2022, XI, c. 546 seq.).

può indurre a ricomprendere nella materia gius-privatistica temi e istituti propri di altre discipline, giuridiche e non. Se si volesse tradurre con un'immagine il concetto espresso, il cambiamento impresso (anche) dalla prospettiva europea non consisterebbe in un ampliamento dei confini della materia ma nell'apertura di luci e vedute, che consentano al docente di esporre gli studenti agli stimoli derivanti dalla contaminazione con altre discipline.

A ben guardare, il vero interrogativo che si pone al docente di diritto privato non è tanto nella sede su cui collocare la linea di confine tra le aree ma sulla solidità e fisicità del muro che la protegge. E ciò in particolare in relazione ai terreni confinanti del diritto pubblico e del diritto processuale. È infatti chiaro che proprio il diritto europeo abbia portato a sottolineare le complementarità tra queste aree del diritto e a valorizzare i punti di intersezione tra queste materie. Basti pensare all'intersezione tra tutele civili e tutele amministrative in quasi tutti i settori di intervento del diritto europeo (il che chiama in causa, con uno stesso tratto di penna, il diritto privato, quello pubblico-amministrativo e quello processuale, esso stesso civile e amministrativo, se non anche penale)<sup>44</sup>. E ancora, e senza alcuna pretesa di completezza, si pensi ai crescenti interventi volti a perseguire obiettivi di crescita sostenibile e rispettosa dell'ambiente, degli interessi dei più fragili, delle future generazioni. Certamente non materia che pertiene alle sole *utilitates singulorum*, per riprendere il passo di Ulpiano che si ripete all'inizio di quasi ogni manuale e di quasi ogni corso di diritto privato, per doversi smentire subito dopo. Ma, al di là della retorica degli interessi e guardando invece agli strumenti, l'imposizione di limiti all'autonomia privata, il riconoscimento di uno spazio di autoregolazione affidato agli stessi operatori economici entro le direttrici disegnate dal quadro giuridico europeo, i controlli associati a questi limiti, il coinvolgimento del mondo associativo nel portare davanti al giudice le istanze della collettività: sono, questi temi, materia di diritto pubblico o di diritto privato? Può un docente di diritto privato derubricare tutto questo come materia di diritto pubblico, ancorandosi al passo di Ulpiano? Il tema della legittimazione delle associazioni è solo tema di diritto processuale?

Chiaramente no. Il diritto privato è, anche in ragione della dimensione europea, sempre più un diritto che si occupa degli interessi dei più vulnerabili e degli interessi della collettività, non più solo come limiti esterni all'autonomia privata ma come fonamen-

---

<sup>44</sup> È interessante sottolineare come, per effetto di questi fenomeni, per un verso, la funzione regolatoria del diritto privato si affianchi a quella del diritto amministrativo; e, per l'altro, le tutele amministrative integrano quelle proprie del diritto privato. Cfr. CAFAGGI, *Judicial and Administrative Protection Intertwined. The Right to an Effective, Proportionate and Dissuasive Remedy*, forthcoming in MAK (ed), Betül Kas (ed), *Civil Courts and the European Polity. The Constitutional Role of Private Law Adjudication in Europe*, Bloomsbury 2023, 175 seq.

to e fattori di sviluppo della stessa<sup>45</sup>. Ed è sempre più un diritto che si occupa dei rimedi (civilistici) e dell'intersezione con le misure di tutela di natura amministrativa e penale<sup>46</sup>.

E allora ciò muta non è il confine ma il muro. Quel muro non si giustifica più, perché il confine per sua natura è mobile e carico di intermittenze, che facilitano le complementarità tra aree diverse.

Al docente di diritto privato toccherà occuparsi molto più di queste intermittenze e di queste complementarità che non di demarcazione di confini: un compito, il primo, ben più difficile e insidioso.

## 6. Diritto europeo e contenuti dell'insegnamento del diritto privato

Il dibattito maturato in Italia fin dagli anni Novanta del secolo scorso ha consentito di comprendere l'impatto del diritto europeo sulla materia del diritto privato e sui contenuti del suo insegnamento<sup>47</sup>. Ne sono nati, non a caso, non solo riviste e trattati sul diritto privato europeo, ma manuali aventi la funzione di completare la preparazione universitaria in questo ambito<sup>48</sup>.

Tra i pregi di questo dibattito vi è quello di aver fatto luce su un vero e proprio processo di trasformazione delle categorie civilistiche, che nel contesto dell'armonizzazione europea risultano modificate in alcuni tratti essenziali<sup>49</sup>. Si rinnova di volta in volta l'interrogativo circa il se l'impatto di queste trasformazioni debba rimanere confinato a un diritto speciale di derivazione europea, nelle sole aree di competenza dell'Unione, oppure se e in che misura le antiche categorie ne vengano incise attraverso un lento e progressivo riorientamento del sistema giuridico privatistico nella sua interezza.

Qualunque sia l'approccio che il docente prediliga, i contenuti dell'insegnamento privatistico ne saranno profondamente toccati.

In alcuni casi (si pensi all'area della protezione dei dati personali), il diritto privato europeo ha occupato spazi, lasciati quasi vuoti dal legislatore italiano, così sicuramente dal codice civile.

In altri casi, quand'anche, per ragioni di competenza, le istituzioni europee non abbiano imposto l'adozione di specifiche discipline in area privatistica, esse hanno concorso a determinare le condizioni per un'innovazione legislativa e a definirne gli esiti<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014; VETTORI, *Il diritto privato europeo in una società sostenibile*, cit.

<sup>46</sup> MAK, *Rights and Remedies Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, cit.; Fabrizio Cafaggi, *Judicial and Administrative Protection Intertwined*, cit.

<sup>47</sup> Fin da LIPARI, *Una ricerca per l'insegnamento del diritto "privato"*, cit.

<sup>48</sup> Si veda in particolare e senza pretesa di completezza: LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, cit.; CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

<sup>49</sup> LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, cit.

<sup>50</sup> Si pensi alla Risoluzione del Parlamento europeo del 2017 in tema di adozioni internazionale

Sotto quest'ultimo profilo è ormai possibile osservare che nessuna area del diritto privato è in quanto tale immune dall'influenza del diritto europeo, compresi gli ambiti tradizionalmente considerati più saldamente ancorati alle tradizioni giuridiche nazionali, quali quelli del diritto della proprietà<sup>51</sup>, delle successioni<sup>52</sup>, della famiglia<sup>53</sup>.

L'evoluzione del diritto europeo come un diritto sempre più orientato alla tutela delle libertà, non più solo nella prospettiva del buon funzionamento del mercato interno ma anche nella prospettiva della tutela dei valori fondanti l'Unione dei popoli, suggerisce che l'influenza del diritto europeo si espanderà in aree della materia privatistica finora meno esplorate. A mo' di esempio, lasciano riflettere le recenti iniziative in tema di economia sociale, dalle quali potrebbero nascere interventi rilevanti per la materia del terzo settore, da poco novellata dal legislatore nazionale<sup>54</sup>.

Ben più palese ed attuale è l'impatto che il diritto europeo ha prodotto nell'ambito della responsabilità civile. Agli originali temi della sicurezza dei prodotti si sono aggiunte oggi, per un verso, le sfide derivanti dall'uso di nuove tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale, per l'altro quelle associate agli imperativi della sostenibilità. I confini tra colpa e responsabilità oggettiva sono rimessi in discussione, al punto che il governo del rischio diventa criterio di determinazione della prima – la colpa –, nuova paladina della tutela effettiva e proporzionata, e non della seconda, la responsabilità oggettiva, su cui tanta enfasi era stata posta nella legislazione europea degli anni Ottanta<sup>55</sup>. L'ingiustizia del danno, categoria in sé sconosciuta a direttive e regolamenti europei, si arricchisce di nuovi contenuti, e ciò ancor prima dell'innovazione legislativa che ci aspetta, già nelle corde della giurisprudenza europea<sup>56</sup>. Il nesso di causalità, il vero protagonista delle recenti proposte, risulta assorbito in un gioco di presunzioni, che nel nostro codice è proprio dei criteri di imputazione e non dei meccanismi causali. Ma, di nuovo, l'approccio

---

o alla sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione, causa C-673/16) sul tema del riconoscimento delle unioni civili di coppie omosessuali.

<sup>51</sup> AKKERMANS, *The European Union Development of European Property Law*. Hanse Law School in Perspective - Legal Teaching and Cross Border Research after Lisbon, Christine Godt, ed., The Hague, Alphen aan den Rijn, 2011, <https://ssrn.com/abstract=1888294>.

<sup>52</sup> Si pensi all'impatto prodotto dal Regolamento (UE) 2012/650.

<sup>53</sup> Si pensi al regolamento (UE) 2019/1111 "Bruxelles II ter", del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori.

<sup>54</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2022 sul Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia sociale (2021/2179(INI)).

<sup>55</sup> Cfr., nelle due aree menzionate, Proposta di direttiva relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale e all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale) (COM/2022/496 final); Proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 (COM/2022/71 final).

<sup>56</sup> CGUE (Grande Sezione), 21 marzo 2023, causa C-100/21, *Mercedes-Benz Group AG*, ECLI:EU:C:2023:229.



era già noto alla Corte di giustizia e in quanto tale è stato applicato dalle corti nazionali anche al di fuori del campo di applicazione del diritto europeo<sup>57</sup>.

Né occorrono troppe parole per dare evidenza dell'impatto del diritto europeo sulla materia contrattuale e dunque sui contenuti dell'insegnamento del diritto privato in quest'area. Per quanto il legislatore europeo si sforzi di dichiarare che le singole direttive non riguardano temi del diritto generale dei contratti cari alle tradizioni giuridiche degli Stati Membri (formazione del contratto, effetti, invalidità<sup>58</sup>), l'impatto anche su questi profili è sotto gli occhi di tutti, ciò almeno nelle aree disciplinate dagli atti dell'Unione europea: i contratti dei consumatori, senza dubbio, ma anche alcuni contratti tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni<sup>59</sup>.

Nell'impossibilità di tratteggiare, anche solo per cenni, le profonde trasformazioni del diritto contrattuale, può essere significativo soffermarsi su un solo esempio, che riguarda, non a caso, l'invalidità e gli effetti del contratto. In questa area infatti non solo e non tanto le direttive (in particolare quella sulle clausole vessatorie) hanno definito un nuovo statuto della nullità parziale, ma a ciò è pervenuta in particolare la Corte di giustizia. In estrema sintesi, la giurisprudenza europea porta a superare i confini funzionali della nullità parziale come rimedio correttivo, operante nel nostro ordinamento (e non solo) mediante eliminazione e possibile sostituzione della clausola tramite applicazione di norma imperativa o dispositiva, a seconda che, con l'art. 1419 c.c., si applichi l'art. 1339 c.c. o l'art. 1374 c.c. secondo i consueti meccanismi di integrazione del contratto. Lontano da questi itinerari ben consolidati nel diritto interno dei contratti, al giudice nazionale la Corte di Giustizia finisce per consegnare una "nullità-sanzione", a fronte della quale, al fine di rendere il rimedio effettivo e soprattutto dissuasivo, occorre sterilizzare i normali canoni di integrazione del contratto *ex art. 1374 c.c.*: salvo per poche eccezioni, la lacuna contrattuale è dunque destinata a rimanere tale e la norma, imperativa o dispositiva, di rimpiazzo 'scompare' agli occhi (imbarazzati) del giudice.

Dell'impatto di questa giurisprudenza europea sul diritto nazionale dei contratti si sono occupate, animatamente, sia dottrina che giurisprudenza<sup>60</sup>. Peraltro, preme rilevare che le note critiche di questo dibattito e la ricerca di un diverso accomodamento tra istanze europee e diritto interno trovano fondamento non in uno sterile tentativo di

<sup>57</sup> CGUE, 21 giugno 2017, causa C-621/15, Sanofi Pasteur MSD SNC, ECLI:EU:C:2017:484, richiamata di recente da Cass. 18 novembre 2022, n. 34027 (su cui PISTELLI, *L'assenza di una legge scientifica di copertura preclude necessariamente l'accertamento della sussistenza del nesso causale fra l'assunzione di un farmaco e la produzione di un danno?*, di prossima pubblicazione).

<sup>58</sup> V., es., art. 3(1)(2), dir. 2005/29 in tema di pratiche commerciali scorrette.

<sup>59</sup> V. es. Direttiva (UE) 2019/633 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare.

<sup>60</sup> Per la ricostruzione di questo dibattito, sia consentito rinviare a IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giustizia Civile*, 2020, 713-753, nonché, di prossima pubblicazione, Ead, *The 'punitive nullity' of unfair terms in consumer contracts and the role of national courts: a principle-based analysis*, in *Eur. Cons. Mark. Law Journ.*, 2023.

difesa delle antiche categorie, ma, al contrario, in una lettura che, tenendo conto della strumentazione comparatistica, individui nei sistemi nazionali approcci meno radicali e forse più coerenti rispetto alle istanze di tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva, avanzate dalla stessa Corte di giustizia. Basti pensare che proprio la Corte di giustizia ha poi salutato con favore l'uso, prospettato da altri giudici nazionali, dello strumento della rinegoziazione del contratto, quale meccanismo di integrazione del regolamento contrattuale falcidiato dalla nullità parziale di una clausola essenziale<sup>61</sup>.

Per comprendere se e in che modo i principi di diritto espressi dalla Corte di giustizia siano applicabili nei diversi Stati membri, là dove si discute di effetti della nullità parziale, serviranno allora non solo la conoscenza degli istituti privatistici e non solo uno sguardo profondo sulla giurisprudenza europea, ma anche un'attitudine comparatistica. Così facendo, si scoprirà ad esempio che, alla base del rimedio prospettato dal giudice referente rumeno vi era anche il ricorso alla clausola generale della buona fede. Se questa fosse la strada del giudice italiano, si porrebbe l'interrogativo sopra avanzato circa il se la portata del diritto europeo resti confinata alle materie di competenza dell'Unione (in questo caso il diritto dei consumatori) o finisca per investire gli effetti della nullità parziale nella sua generalità e dunque il diritto generale dei contratti.

## 7. Alcune considerazioni conclusive

Se forse cinquanta anni fa, quando si parlava dell'importanza della dimensione comparatistica e di quella europea nella formazione del giurista, la questione riguardava ancora prevalentemente il *se* dell'opportunità di questo cambiamento, oggi la vera sfida è il *come*.

Si impongono delle scelte di metodo che portano a interrogarsi in primo luogo sugli obiettivi dell'insegnamento del diritto privato in un contesto profondamente segnato non solo dagli sviluppi tecnologici e digitali, ma anche dalle crisi globali in atto, a partire da quella climatica e dalle crisi sanitarie che ad essa si accompagnano.

Un contesto in cui il ruolo dell'Europa è destinato a crescere e ad arricchire la gamma dei suoi strumenti, al di là dei confini del buon funzionamento del mercato unico, conoscenze e competenze in ambito privatistico saranno parte sempre più rilevante del bagaglio formativo del giurista europeo.

L'insegnamento del diritto privato non può allora restare immune da questi cambiamenti, ma deve mettere in campo nuove metodologie che consentano ai giuristi di domani di contribuire, anche con gli strumenti del diritto privato, allo sviluppo di quello spazio di giustizia, che è l'Europa.

Per farlo, servirà non solo rivedere alcuni contenuti didattici, ma anche orientarli all'acquisizione di nuove competenze, a partire dal sapersi muovere in un sistema di

---

<sup>61</sup> CGUE, Causa C-269/19, *Banca B*, EU:C:2020:954.

fonti privatistiche multilivello, adottando un approccio funzionale per problemi a cui ricondurre gli istituti (e non viceversa), esponendo gli studenti a casi concreti in grado di mostrare la reale interazione tra autorità legislative, amministrative, giurisdizionali europee e nazionali e, se del caso, la loro connessione con i c.d. regolatori privati.

Più che la conoscenza delle regole, l'apprendimento dei principi generali, a partire da quelli europei per lo più fondati sulle c.d. tradizioni costituzionali comuni, ai sensi dell'art. 3(6) del Trattato dell'Unione europea, rappresenta uno dei pilastri della formazione, la cui *“naturale elasticità”*, riprendendo ancora Paolo Grossi, li *“rende permeabil[i] dalla dinamica rapida degli interessi e da quella lentissima dei valori”*.

E, perché la dimensione europea non sia intesa come una veste uniformante volta a neutralizzare il pluralismo delle tradizioni giuridiche da cui trae alimento, l'insegnamento del diritto privato dovrà, esso stesso, arricchirsi di una essenziale dimensione comparatista, perché di quel pluralismo e delle possibili divergenze tra modelli, lo studente sia non esperto ma consapevole.

Servirà, più che in passato, guidare gli studenti a cogliere fin da subito le complementarità tra il diritto pubblico e il diritto privato, tra il diritto sostanziale e quello processuale, perché siano chiari non solo la specificità degli strumenti privatistici e dei principi generali, che ne governano il funzionamento, ma anche le interazioni con gli strumenti di altra natura, parimenti volti a perseguire finalità equivalenti o a proseguire il percorso di tutela effettiva dei diritti, là dove lo strumento privatistico non arriva.

E servirà spronare gli studenti a letture o conversazioni non giuridiche, perché il loro ruolo nella società e la loro capacità di impiegare gli strumenti privatistici per affrontare le molte sfide che li attendono dipenderà sempre più dalla loro capacità di dialogare con altre scienze.





### Dentro e fuori. La didattica del diritto privato oggi



Pasquale Femia

La natura amichevole dell'incontro mi consente, seguendo il mio amatissimo Jhering, di mettere insieme il «serio» e il «faceto». Inizierei con il faceto, qualche ricordo personale.

*Prima scena.* Nel settembre 2019 mi trovavo a Roma, nelle vicinanze della Sapienza, in una libreria nota per vendere testi accademici, volumi di seconda mano, libri a prezzo ridotto, anche tante altre cose. Ero lì come altre volte, per così dire, in incognito, attratto dai soliti vecchi libri anni Settanta e oltre. Correndo alla rovescia nel tempo.

Entra una ragazza, si rivolge al libraio:

«È arrivato Perlingieri?»

Mi giro, incuriosito. Non era sbucato fuori da uno scaffale il caro Maestro. La ragazza guardava speranzosa uno scatolone ai suoi piedi.

«È arrivato», conferma il libraio.

Con abituale *grandeur* romana costui apre solennemente lo scatolone.

La copertina del *Manuale* oggi è rossa, undicesima edizione, milletrecento pagine, non l'ho pesato, direi un buon chilo e mezzo di carta. Dallo scatolone emerge, ben saldo tra le manone del libraio, un imponente blocco scintillante giallo limone, il colore di allora. Gli spazi angusti, l'odore della vecchia carta macerata nel sole ancora estivo, il disordine casuale e studiato di quella roba ammucchiata ovunque. Perlingieri... gli ho dedicato la vita.

Ma quella mattina di settembre, laggiù, non ero l'ex studente salernitano di 'Legge' e neanche l'assistente dottorando ricercator professor bla bla Femia. Ero il piccolo Pasqualino (*Nello*, in famiglia) che amava la poesia, la filosofia, la musica, la bionda più bella della classe. E che, sui vent'anni, persa ogni speranza di entrare in qualche manuale come poeta filosofo musicista, afflitto dalla solitudine della normalità, aveva incontrato nel diritto civile, in *quel* diritto civile, la sua uscita di sicurezza. Tutto, pur di non andar via dalle pareti della scuola.

E così nel *Manuale* c'ero finito, ma come autore, meglio, coautore di una parte generale del diritto privato. Ho amato il mio lavoro, lo amo ancora, mi auguro di non essere divenuto un bestione cinico: ma cos'è mai il diritto civile rispetto ai sogni di un diciassettenne, innamorato di Montale e di Beethoven, che nella calda estate del 1981 curava, leggendo le *Operette morali* di ben altro infelice di ben immenso genio, la crudeltà della

definitiva perdita dei lunghi capelli della suddetta? Non mi dichiarai mai, troppa vergogna. Lei andò in California, tornò un anno dopo a salutare tutti, col marito, già sposata. Non l'ho più vista. Sogni, nati e morti tra Settanta e Ottanta.

Eccomi allora, professore, alquanto canuto e panzuto, irreversibilmente incamminato sulla via dei sessant'anni, rintanato in una libreria di libri vecchi a placare l'insaziata fame d'esser giovane: fame di vecchie copertine Einaudi, Feltrinelli e cento altre sigle nate e morte in quel tempo vissuto soltanto da liceale infelice. Cercavo il mio passato, in quel bailamme di carta odorosa: nel giardino appassito dei sogni di carta... *Perlingieri!...è arrivato?*... qui: il Dover Essere, la mia identità seria, gli amori intellettuali dell'età adulta.

Intanto, quel complesso di carta dalla copertina giallo limone, tenuto su dalle manone, sospeso tra lo scatolone e il caotico panorama di cianfrusaglie: un'ostensione sacra su sfondo profano. *Femia, che ci fai qui? Giochi, ancora a cercare sti libretti e librettini???* *A studiare! Vai!* – *de te fabula narratur*: era il richiamo della Provvidenza Giuridica, lo *Svegliati!* della vita? La giovane matricola e il libraio dalle manone sapevano tutto di me?

Nulla, di me a loro non importava nulla. Uno spettro dai capelli bianchi. E dalla pancia prominente. Altro cui pensare i due, sbrigativamente contraenti.

Le manone si pretendono verso la ragazza, che ha già in mano i necessarissimi soldi. Lui incassa, trattiene il libro ancora, con una sola possente manona; lei esita a prendere l'ormai suo giallo limone, lui alza il folto sopracciglio.

«*Eh!*» – sospira. E, prima di accogliere il *Manuale* tra le mani esitanti, lesta si fa il segno della Croce. Scompare, con le sue milletrecentopagine di sospiri, tra la luce e le foglie degli alberi di fronte.

\*\*\*

Per il primo centinaio di pagine sono io la Croce di quella fanciulla. Sono, come dicevo, corresponsabile della prima parte di quel fortunato *Manuale*, e quel settembre 2019 mi sentivo profondamente in colpa: ma so bene che potrei chiamare molti colleghi a concorrere nel delitto contro la spensieratezza giovanile. Perché facciamo fare il segno della Croce ad una studentessa che nel 2019 deve leggere milletrecento pagine per conseguire un esame, uno soltanto, di primo anno?

Naturalmente il *Manuale* del quale sono coautore non è molto diverso dalle lunghezze che hanno ormai raggiunto gli altri; e non è molto diverso da un altro al quale sono molto affezionato, il *Torrente-Schlesinger*, undicesima edizione, 1981. Ho studiato lassù; e chi ci aveva studiato, negli anni successivi abbassava la voce nel ricordarlo. Correva voce fosse troppo poco problematico in quegli ideologicissimi anni postsettanta; un giudizio ingeneroso, che non dividevo allora e condivido ancor meno oggi. Era, in quella vecchia edizione, un ottavo piccolo, non ricordo quante pagine avesse, certo pesava assai meno dei manuali odierni. Lo portavo senza troppe difficoltà con me nella primavera 1982; mi stava sulle ginocchia nell'autobus che per due mesi da Salerno mi condusse ad Eboli. Avevo 19 anni; ero contemporaneamente, per gli incastri di un'Italia pasticciona, matricola di giurisprudenza e supplente di educazione musicale in una scuola media nella mitica, incolpevole, letteraria cittadina: alle otto e mezzo raccontavo ai ragazzi della

forma-sonata, in una bolgia che solo l'incoscienza poteva navigare; e alle due, tornando a casa col medesimo autobus, leggevo, che so, il contratto di riporto o l'astrattezza della cambiale.

*Seconda scena:* era il pomeriggio del 12 luglio del 1982, torniamo indietro di 37 anni, e Pasquale Femia andava a fare l'esame di diritto privato. I patiti di calcio certo ricorderanno che il pomeriggio del giorno precedente, 11 luglio, l'Italia vinse i mondiali, battendo 3-1 la Germania. Lo ricordo bene quel pomeriggio: vedo la partita in TV accanto al mio amatissimo papà (mamma in cucina: «*mi emozionano troppo, sento voi e va bene così*»). Dopo, mentre per le strade si scatenava un festoso rumorosissimo corteo di clacson impazziti di gioia, rassegnato, tornai a sedermi al tavolino, riapro il *Torrente* e ripeto ripeto ripeto.

Tra la commissione d'esami, quel 12 luglio, si respirava un'aria distesa; e tuttavia, seduto dinanzi ai due assistenti, ecco la prima domanda:

«*Mi dica il regime della restituzione dei frutti nel possesso*».

Seconda:

«*Differenza tra revocatoria fallimentare e revocatoria ordinaria*».

Sopravvissuto a queste domande iniziali, e a qualcun'altra che chissà quale fosse, passo dal prof., del quale voglio pronunciare il nome, Enzo Buonocore: proveniva dal diritto commerciale, poi transitato al privato; benché in quel momento fosse anche Rettore, non saltò mai una lezione per tutto l'anno che frequentai. Appassionato, attento nello spiegare; spesso, nel parlare, saliva e scendeva le scale dell'aula magna. Una figura mirabile, lo ricordo con nostalgia e affetto.

Eccomi davanti a lui. Gentile, cordiale, qualche parola per stemperare la tensione, scherza sull'accento del mio cognome. La sua prima domanda:

«*Allora... Femia... mi dica quando la cambiale non è titolo esecutivo*».

\*\*\*

Con queste domande ho avuto il mio approccio al diritto privato.

Potremmo farle oggi, queste domande? Forse la prima, ma alla fine e per il 'bel voto'; ma quante domande mi condurrebbero davanti al Direttore di Dipartimento, che, come sempre gentile, direbbe: «*Femia, gli indicatori, le criticità, gli abbandoni, la mobilità in uscita, il coefficiente di finanziamento dell'Effeefèò, il tuo esame...*»? L'Effeefèò... scriviamolo così, sembra un asinello di legno da cavalcare da bambini; è qualcosa di ben più crudele, invece, lo avrete capito: i soldi, scarsi e avari, che passa il Ministero.

Cosa è accaduto in questi quarant'anni? Questa è la domanda dalla quale vorrei partire.

Se dovessi dare un titolo alla nostra chiacchierata, direi: *Dentro o fuori?* Quando noi parliamo del diritto privato, siamo dentro o siamo fuori dal diritto? È un punto di vista ermeneutico quello al quale mi riferisco: parliamo la lingua del diritto. Il manuale parla, il professore parla. *Chi* parla? Il professore, parlando, potrebbe dire: ecco, io *sono*

il diritto privato, il diritto incarnato, *nomos empsychos*<sup>1</sup>; e lo sono, perché legittimato da qualche tradizione accademica che mi ha posto qui davanti a voi; e adesso ti dico io *qual* è il diritto, perché io lo *parlo*. Ma è davvero così? Noi parliamo il diritto privato oppure parliamo *con* il diritto privato, cioè parliamo di qualcuno che non siamo noi, al quale però siamo vicini?<sup>2</sup> È come parlare di un genitore, di un vecchio zio; e parlarne in famiglia, a persone che ben conoscono: «Guarda, questa è una persona importante, decide del nostro futuro, decide della nostra pace, della nostra serenità, quindi ascoltami, perché cerchiamo di capire cosa vuole questa voce». Quindi parliamo *il* o *con* il diritto? Siamo dentro o fuori? Lasciamo perdere Hart: qui non si divide l'interno dall'esterno<sup>3</sup>, troppo teorico per un civilista. Qui bisogna parlare dall'esterno come se si fosse dall'interno, e non dimenticarlo mai. Una complessità cui possono accedere soltanto i poeti: *Il mondo interno dell'esterno dell'interno*, è una raccolta di poesie di Peter Handke<sup>4</sup>, studente di giurisprudenza mai laureato, come Gustave Flaubert; non come Franz Kafka, che invece alla laurea ci arrivò.

Affidare questa necessità di parlare dentro/fuori e fuori/dentro in mani hegeliane potrebbe far venire il mal di testa persino ad un idealista tedesco; invece per noi conta soltanto imparare a non fare i furbi con la Legge, non nascondersi dietro il velo ipocrita dell'impersonalità, impersonandone così violenze ed affari; e conta, in pari tempo, non evadere dalla nostra responsabilità, affinché la Legge non sia lo schiaffo sul volto della vittima, cui le si racconta che va tutto bene così.

\*\*\*

Ultimo, e poi chiudo con i particolari autobiografici.

<sup>1</sup> RAMELLI, *Il "basileus" come "nomos empsychos" tra diritto naturale e diritto divino. Spunti platonici del concetto e sviluppi di età imperiale e tardo-antica*, Napoli, 2006.

<sup>2</sup> Confesso di non essere appassionato della crescente passione per l'impersonale [ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007; Id., *Dall'impolitico all'impersonale: conversazioni filosofiche*, Milano, 2012; BAZZICALUPO (a cura di), *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, Milano, 2008]: non perché resti romanticamente legato ai destini di un Soggetto che fa suo il mondo, ma esattamente al contrario, perché il superamento della soggettività non tollera discorsi appropriativi, fossero pure quelli rivolti ad accentrare appropriativamente l'inappropriabilità, col gesto del filosofo che impone una filosofia dell'impersonale. Troppo criptico, lo so... ne parleremo un'altra volta.

<sup>3</sup> Ma il richiamo ad Herbert Hart consente di ricordare un altro professore, insuperato studioso del pensiero hartiano, che ho molto amato in quel primo anno di Giurisprudenza: Alfonso Catania. Il suo *Decisione e norma* era stato pubblicato poco prima (Jovene, 1979) e lui ne parlava con passione a quattro studenti, intorno ad un tavolo. Il volume è stato meritoriamente ristampato a cura di V. Giordano e F. Mancuso (Castelvecchi, 2023).

<sup>4</sup> HANDKE, *Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt*, Frankfurt am Main, 1969 (trad. it., *Il mondo interno dell'esterno dell'interno*, Milano, 1974). Ai giuristi consiglieri di leggere ad alta voce, da questo libretto, una volta ogni tanto *Le tre letture della legge* (*Die drei Lesungen des Gesetzes*). È un componimento del 1968, ma non è una colpa: il dato storico non ne spegne affatto la carica terapeutica contro la spocchia del diritto (e di qualche giurista, purtroppo).



*Terza scena.* Ancora settembre, questa volta del 2021; rientro a Salerno dopo 31 anni di vita in altre sedi accademiche. Sono andato via da lì che ero un dottorando (di Federico II, Salerno non aveva il Corso), ci ritorno da vecchio professore.

Tornare nel 2021 tra aule, aiuole e corridoi abbandonati nel 1990... beh, non sarà stata una cattiva edilizia, quella di allora, gli arredi avevano retto il tempo assai bene. I colleghi, nel guardarmi, esclamavano: «*Eh, ma ti sei fatto anziano!*» – ed io pensavo: «*Non immagini come ti sei fatto tu!*» – alcuni non li vedevo da quei fatidici trentuno anni.

Trentuno anni prima era difficilissimo trovare un posto per fare un seminario. Le aule erano piene di studenti e se desideravi un'ora in più, erano lunghe trattative, nella speranza che qualche collega ti regalasse la 'sua' aula. Oggi non c'è più questa difficoltà, le aule sono piene solo per metà, e talvolta neanche. E Salerno è un Dipartimento che dal punto di vista della iscrizioni va più che bene rispetto alla media nazionale. Ma quello è il problema, la media nazionale. Perché gli studenti scappano da Giurisprudenza? Non è colpa soltanto di noi privatisti, ma siamo alla frontiera e abbiamo maggiori responsabilità degli altri, chiediamoci: che vogliamo fare di queste ragazze e ragazzi? La radice è un immaginario professionale tutto da rivedere. Questo è il vero problema. Quando noi ci siamo iscritti a Giurisprudenza, pensavamo: farò l'avvocato, il magistrato o il notaio. Essere professore universitario, invece, è una deviazione evolutiva: se diventi professore è perché (a tacere dei mali del mondo) ti sei innamorato della materia in un modo che trascende ogni possibilità di dedizione esclusiva all'applicazione pratica, ti dedichi alla scienza.

Se non fai nessuna di queste tre cose, se, per esempio, aggiungiamo la quarta possibilità, se sei un ragazzo di provincia, non hai alle spalle lo studio di papà (e di mamma e dello zio e del coniuge), se non te la senti, perché non hai i mezzi di fortuna e una tradizione familiare che ti incoraggi a fare l'avvocato, il magistrato o il notaio, allora aspiri a diventare un grande burocrate, un direttore generale di ministero, cioè qualcuno che parla la lingua del potere, che parli di diritto. Ci siamo formati così.

Il diritto è oggettivo, il diritto è sistematico, il diritto è una voce, il diritto porta l'ordine, il diritto non si discute. La storia è materia non positiva. Volenti o nolenti, abbiamo assimilato che nostro compito di docenti fosse trasformare donne e uomini in professionisti che parlano l'impersonale, un impersonale assai poco discutibile né fatto di critica, come la filosofia o la storia dell'arte o persino la scienza: siccome è qualcosa che fa girare soldi e consolidare le posizioni di potere, sul diritto non si scherza. Gli studenti – tutti i non predestinati dal già scritto familiare lieto fine – scappano.

Scappano, perché resiste l'immaginario tossico professionalista: se non diventi avvocato, magistrato e notaio, sei fallito. Non hai raggiunto l'ideale per il quale eri stato formato.

Il diritto dice il dover essere; prescrive il Bene, proclama la felicità nell'effettività gioiosa dei diritti. Muore, quando cade nell'ipocrisia delle sue troppe promesse. L'ipocrisia è il suo male maggiore. Ed è ipocrisia parlare di formazione professionale, senza tener conto della povertà di molti avvocati, della inadeguatezza di una cultura del litigare sempre: gli incidenti stradali, il lavoro, i medici, le pagelle e, perché no, i concorsi univer-

sitari: tutte vie dell'oro (talvolta più presunto che vero), oro di piccola professione, quella grande è per i felici pochi.

\*\*\*

Bene, questo è il nostro scenario. Allora: siamo stati formati per guardare il diritto da dentro, anzi, per *essere* quell'interno. E quell'interno è diventato *vuoto*. Dobbiamo comprendere, invece, come si possa guardare il diritto anche da fuori, restando giuristi, come si possa insegnare ai giovani a piantarla di recitare la buffa parte del chierico della Sola Legge della Somma Legalità e dare corpo alle proprie conoscenze per aiutare le persone a vivere meglio, ad uscire dal dolore quotidiano: un campo da condividere con filosofi, umanisti, psicologi, sociologi, operatori sociali: si può lasciare la vita soltanto ai loro saperi? Qui mi ricollego alle meravigliose parole usate poco prima da Carmelita Camardi: dobbiamo educare «alla introiezione del pluralismo come sistema complesso»<sup>5</sup>. Immaginate se avessimo detto questo qualche anno fa.

Come privatisti abbiamo provato ad uscire da questa prigione dell'unica risposta giusta, del dover essere declinato in senso logico; e a provarci è stata soprattutto la civilistica degli anni Settanta.

Qui mi collego ad un saggio che nel 2015 Nicolò Lipari scrive sul *Foro Italiano: Sull'insegnamento del diritto civile*<sup>6</sup>. Muovendo da un lusinghiero giudizio intorno ad uno dei manuali più avanzati, quello di Amadio-Macario<sup>7</sup>, il prof. Lipari svolge delle riflessioni generali assai significative. Ad un certo punto, icasticamente, scrive: «Negli anni Settanta, per cominciare a capire occorrevano due manuali»<sup>8</sup>. Perché ci voleva il libro istituzionale e la critica ideologica, il veleno e l'antidoto? Perché era il momento, come diceva bene anche Carmelita prima, nel quale la civilistica provava ad offrire non solo lo sguardo da dentro, ma anche di portar dentro, aggiungerei la formula, l'«oscuro scrutare» (*A Scanner Darkly*, per citare Philip K. Dick) e finalmente poter dire allo studente: «Vedi? Qui nella mia destra l'interno, il Manuale, la tradizione» – un manuale sovente scritto decenni prima – «ma guarda, qui nella sinistra, c'è una guida alternativa per guardare fuori – e poi il tuo problema sarà portare l'esterno verso l'interno e viceversa».

Un po' di date:

<sup>5</sup> CAMARDI, *I manuali, le dinamiche delle fonti e il metodo*, in questa *Rivista* (letto in anteprima, per la cortesia dell'Autrice, che molto ringrazio per le parole finali); EAD., *La scienza del diritto civile nell'ottica del pluralismo. Note brevi*, in *Quad. fiorentini*, 51 (2022), 436 ss.; LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 971 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4a ed., I, Napoli, 2020, 27 s.

<sup>6</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, in *Foro it.*, 2015, cc. 217-221.

<sup>7</sup> AMADIO, MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni concetti*, 2 vol., Bologna, 2014.

<sup>8</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., c. 218.

1971: Stefano Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*<sup>9</sup>; per me un libro fondamentale, acquistato ancor prima di iscrivermi al corso.

1972: Nicolò Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*<sup>10</sup> (anche se l'edizione più diffusa è del 1974). Ricordiamo qui anche, decenni dopo: Nicolò Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, 2004<sup>11</sup>.

1973: Pietro Barcellona, *Diritto privato e processo economico*<sup>12</sup>; nel 1996 diviene *Diritto privato e società moderna*, "con la collaborazione di Carmelita Camardi"<sup>13</sup> e, finalmente, nel 2002, Pietro Barcellona e Carmelita Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*<sup>14</sup>. Questi volumi sono stati preceduti da Pietro Barcellona, *Gli istituti fondamentali del diritto privato: dispense introduttive ad uso degli studenti*, Jovene, Napoli 1970 (375 pp.)<sup>15</sup>.

1973: Natalino Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato, I: L'oggetto*<sup>16</sup>; poi ampliato l'anno successivo con una parte metodologica<sup>17</sup>.

1975: Pietro Perlingieri, *Profili istituzionali del diritto civile*<sup>18</sup>: allora era un sedicesimo piccolo, 260 pagine, corrispondeva più o meno alla Parte generale.

1975: Angelo Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche, I: Il concetto di diritto*<sup>19</sup>: ma quest'ultimo non può dirsi strettamente un volume di introduzione al diritto privato.

1979: Pietro Perlingieri, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*<sup>20</sup>, una raccolta di tre saggi metodologici, tra i quali *Norme costituzionali e rapporti diritto civile*<sup>21</sup>, la *Drittwirkung* diretta.

Questa era la 'parte speciale' che lo studente di diritto privato avrebbe incontrato negli anni Settanta e Ottanta. Sin da allora il problema della 'lunghezza' dei programmi si affacciava, spesso tra il fastidio dei docenti, gelosi della completezza dei dati e dei discorsi e delle metodologie, appartenenze, fedeli e così via. Ma oggi, dinanzi ai chili di carta che

<sup>9</sup> RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 452 pp.

<sup>10</sup> LIPARI (a cura di), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1972, 531 pp.; *ivi*, 1974, 860 pp.

<sup>11</sup> LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma 2004, 214 pp.

<sup>12</sup> BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, 357 pp.; 2ª ed., 1977, 372 pp.

<sup>13</sup> BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 584 pp.

<sup>14</sup> BARCELLONA e CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2002, 406 pp.

<sup>15</sup> Ne ignoravo l'esistenza; devo l'informazione all'amicizia di Carmelita Camardi. Alla medesima temperie appartiene BARCELLONA, MÜCKENBERGER, HART, *L'educazione del giurista: capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973.

<sup>16</sup> IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, I: L'oggetto*, Torino, 1973, 138 pp.

<sup>17</sup> IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato, I: L'oggetto, II: Profilo storico delle metodologie (saggi)*, Torino, 1974, 330 pp. Anni dopo, con diverso editore: Id., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 112 pp.

<sup>18</sup> P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, 260 pp.; 2ª ed., Napoli, 1979, 323 pp.

<sup>19</sup> FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, I: Il concetto di diritto*, Milano, 1975, 236 pp.

<sup>20</sup> P. PERLINGIERI, *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 134 pp.

<sup>21</sup> P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 119 ss.

sono i Manuali, ignorare il problema sarebbe un delitto. Non riguarda soltanto il diritto privato ovvio; ma tutti i programmi. Ho preparato Diritto internazionale in due settimane, e senza neanche troppo soffrire, con ottimi risultati; chi potrebbe farlo oggi? Tutti i programmi mettono su pancia.

Continuiamo con altre due date, poi procediamo per la parte più critica:

1984: Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*<sup>22</sup>, tre edizioni in un volume: 1ª ed. (634 pp.); 2ª ed. 1991 (551 pp.); 3ª ed. 2006 (1083 pp.); ed infine la quarta giunge a cinque volumi, complessivamente oltre milleottocento pagine: 4ª ed. 2020 (I: *Metodi e tecniche*, 295 pp.; II: *Fonti e interpretazione*, 466 pp.; III: *Situazioni soggettive*, 500 pp.; IV: *Attività e responsabilità*, 425 pp.; V: *Tutela e giurisdizione*, 180 pp.).

1997: Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 971 pagine nella sua prima edizione<sup>23</sup>; adesso, dopo venticinque anni, è all'undicesima edizione, per 1238 pagine. È opera di coautori, anche se il Professore si è sempre riservato il diritto di riscrivere o rielaborare tutte le pagine. Gliene presentai circa 160, per la parte affidata a me, poi diventate poco più di un centinaio dopo la sua intensa riscrittura (*Pasquale, la sintesi!*). Fu la prima tappa del percorso che condusse ad un volume autonomo nel 2000: *Nozioni introduttive e principi fondamentali*<sup>24</sup>.

La direttiva di fondo delle *Nozioni introduttive* era coniugare una tradizione tecnica, ripensata criticamente, con l'idea dell'applicazione diretta della Costituzione. La distinzione tra efficacia diretta e riflessa conviveva con ragionevolezza, bilanciamento, diritto e morale. Non sarebbe facile riscriverlo, non ne ho le forze; ma oggi metterei molta più storia per far brillare la potenza della critica.

Ho insegnato su quel libro per diversi anni prima che i meccanismi legali scioccamente aziendalisticamente trasformassero la didattica universitaria in una erogazione di sciocchissime 'competenze', impacchettate in fumosissimi 'crediti' (altra violenza linguistica). Fu stroncata ogni possibilità di fare un lavoro serio, quanto meno al primo anno di corso, con quel libro. A Benevento, dove insegnavo allora, era il testo di un esame a sé, *Teoria dell'interpretazione*, propedeutico a tutti gli altri insegnamenti, una sorta di porta fiammeggiante del Diritto presidiata da civilisti.

Quel libro fu da molti elogiato; talvolta gli stessi laudatori pubblici – soltanto a me, del Prof. avevano timore – in privato sussurravano di trovarlo troppo difficile («*Pasquà, non ci capisco niente!*»). Poveretti; rovinati da letture troppo facili, abituati a sfogliare pagine sempre eguali da un autore all'altro: lì si trovavano smarriti nella concentrazione di pensieri (merito del Maestro, ovvio, non mio).

Insegnare per anni (anche) su quella parte generale del diritto civile ha dato a me (non saprei se anche agli studenti) il migliore insegnamento: insegnare l'astrattezza

<sup>22</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.

<sup>23</sup> P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 1ª ed., Napoli, 1997.

<sup>24</sup> P. PERLINGIERI e FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile* (con la collaborazione di L. TULLIO), Napoli, 2000, 272 pp.; 2ª ed., 2004, 286 pp.

del pensiero è una fatica enorme, per chi ne parla e per chi vuole (se vuole) imparare. I diciannove-ventenni che ci siedono davanti in aula hanno imparato a leggere in un acquario videocratico digitale di immagini, testi brevi e singhiozzi musicali di poche decine di secondi: sentono il martellante ritornello, guardano, leggono due righe, e poi via, l'attenzione transita altrove, sempre fuggente. Prendi queste menti così allevate e parla dell'efficacia giuridica, della struttura e della funzione della fattispecie: apparirai loro un vecchio cantore che canta storie di fantasmi, storie nelle quali, per di più, sembra non succedere mai nulla. Astrarre e criticare le astrazioni di un linguaggio del quale non conosci ancora l'alfabeto; anzi, imparare l'alfabeto attraverso la critica delle combinazioni correnti di quell'alfabeto: *si dice così, ma...*, in fondo li martelliamo con le stesse strutture ogni settimana: *una volta era, adesso invece... secondo alcuni, ma l'argomento cade, perché...* dovremmo essere più dolci con questi ragazzi.

\*\*\*

È difficile insegnare privato da dentro e da fuori. Perché se vogliamo non trasmettere soltanto una verità eterna del diritto privato, che non esiste, chiediamo moltissimo ai nostri studenti. Poi noi ci mettiamo del nostro.

Nel *Foro italiano*, quarantanove anni prima del saggio che prima ricordavo del Prof. Lipari, Tullio Ascarelli pubblica uno scritto forse non dei suoi più noti, *Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*<sup>25</sup>. Riproporrei oggi, nel valutare un Manuale, il 'metodo Ascarelli'. Lo sintetizzerei così: a) prendi un manuale – qui lo sfortunato esame toccò a Giuseppe Branca, *Istituzioni di diritto privato*, alla sua seconda edizione al momento<sup>26</sup>; b) conta le pagine; c) pondera qualità reale degli argomenti nella vita del diritto, da una parte, e l'estensione formale delle pagine, dall'altra; d) poni in evidenza lacune e sproporzioni senza pietà.

Ecco il resoconto: diritto all'integrità morale, alla riservatezza e diritto morale di autore: *una* pagina; dote, comunione legale di beni, patrimonio familiare: *sette* pagine; anticresi: *due* pagine; oneri reali e obbligazioni *propter rem*: *due* pagine; fatti illeciti: *nove* pagine (!); diritti dell'invenzione: *due*; autore: *quattro*; superficie: più di *due*; fallimento: meno di *quattro*; società finanziarie: *nessuna*<sup>27</sup>.

Con tutta la mia recente passione per l'impiego di metodi quantitativi, sul modello delle *digital humanities*<sup>28</sup>, avrei proprio voglia di costruire un grafico che rappresenti le variazioni nel numero delle pagine (in assoluto e relativamente a ciascun argomento o gruppo di argomenti), nonché il rapporto tra numero complessivo delle pagine e spazio

<sup>25</sup> ASCARELLI, *Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*, in *Foro it.*, 1956, IV, c. 114 ss.

<sup>26</sup> BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 1956, 771 pp.

<sup>27</sup> ASCARELLI, *Sull'insegnamento*, cit., c. 114 s.

<sup>28</sup> Per chi sia incuriosito: FEMIA, *Polemiche di campo: Francesco Ferrara e le due edizioni della Teoria del negozio illecito. Varianti, citazioni, morfologia nella letteratura accademico-giuridica*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1900-1920)*, I, Napoli, 2023, 145 ss.

dedicato a ciascuno di essi. Un secolo messo in un grafico, e sono certo vedremo cose molto interessanti... invito chi abbia tempo e conoscenze a farlo, non c'è *copyright*, non ci sono *royalties*.

Ascarelli ha le idee chiare sulle sproporzioni del *Manuale* di Branca.

Questa è l'inevitabile conseguenza della concezione del corso istituzionale come "riassunto", anziché come corso "istituzionale" e cioè di un'impostazione che mira, piuttosto a dare "brevemente" un ragguaglio di "tutto" il diritto privato, anziché dare, con il necessario svolgimento, una illustrazione dei principi e degli istituti "fondamentali" del diritto privato. Ne derivano due conseguenze singolari: 1) il sacrificio proprio dei principi fondamentali che finiscono per non distinguersi più da quella che è la parte regolamentare e mnemonica; 2) il sacrificio di quegli istituti che poi rientrano in cattedre diverse del diritto civile (nello stesso manuale di Branca, pur assai sensibile ai problemi del lavoro, si trovano quattro pagine dedicate al rapporto di lavoro subordinato, cioè quanto viene dedicato alla dote)<sup>29</sup>.

Questo significa dover fare delle scelte.

\*\*\*

Un numero teatrale che suggerisco, in particolare ai colleghi meridionali come me. Entrate in aula, alla prima lezione, adagate distrattamente sulla cattedra, qualunque esso sia, il *Manuale* consigliato (diciamo ipocritamente così), in ottavo, da una parte, e quello di Emanuele Gianturco (1857-1907), le sue *Istituzioni di diritto civile italiano*, in sedicesimo, dall'altra. Dite a quel punto agli studenti:

«Probabilmente i vostri bisnonni o trisavoli avrebbero studiato a Napoli, si sarebbero trovati a privato Gianturco»<sup>30</sup>. A quel punto prendete il volumetto blu (serie Manuali Barbera) delle sue *Istituzioni*<sup>31</sup> e, tenendolo stretto tra due dita, percorrete su e giù tutta

<sup>29</sup> ASCARELLI, *Sull'insegnamento*, cit., c. 115.

<sup>30</sup> Gianturco, professore avvocato parlamentare ministro, in realtà ebbe cattedra all'università di Napoli soltanto dal 1892; ma già dal 1882, appena conseguita la libera docenza, come tutti, secondo il (mal)costume meridionale del tempo, prese ad insegnare privatamente presso la propria abitazione. Sulla sua figura eminente, per tutti, TREGGIARI, *Gianturco, Emanuele*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 2000, 54, online; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 181 ss.

<sup>31</sup> GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1887; il loro successo fu immenso. Nei venti anni che precedettero la morte dell'autore ebbe otto edizioni (se contiamo l'ottava, edita l'anno seguente la sua scomparsa). La seconda edizione appare già nel 1888: 2<sup>a</sup> ed. riveduta; poi: 3<sup>a</sup>, 1889; 4<sup>a</sup>, 1893 (l'Opac indica anche una quarta edizione del 1895, probabilmente una ristampa); 5<sup>a</sup>, 1899 (anche qui risulta una quinta del 1901); 6<sup>a</sup>, 1904; 7<sup>a</sup>, 1905; 8<sup>a</sup> 1908. Dopo ulteriori tirature, ancora nel 1919 compare una edizione riveduta da Carlo Lessona (p. 378) ed ancora nel 1921, nel 1929 e nel 1932. Non c'è prova migliore del successo di questo piccolo volume. Piccolo, appunto: caso

l'aula, mostrando *coram populo* la reliquia, come un antico banditore di piazza che voglia vendere la sua pozione magica. Poi, in una smorfia, esclamate:

«376 pagine. Tre-cento-settanta-sei!»<sup>32</sup>

A meno che nella vostra aula vi sia il raduno degli apatici, tutti sgraneranno gli occhi. Proseguite, è l'ora del colpo finale:

«Correva l'anno 1887 – dopo la lezione tornate a casa, e quando vi racconteranno: “ai miei tempi il diritto si studiava seriamente, oggi è tutto una barzelletta”, ecco, sapete cosa rispondere».

Almeno per quella lezione l'effetto simpatia è certo<sup>33</sup>. Poi toccherà squadernare i millecento fogli, magari non proprio uno per uno.

\*\*\*

Sentiamo ancora Ascarelli:

Non si tratta di aumentare il numero delle pagine dei manuali dimenticando allora i limiti della capacità di “assimilazione” dei discenti; si tratta di “scegliere”, ancor prima che “riassumere”; i nostri manuali contano più pagine del vecchio SIMONCELLI<sup>34</sup> e molte più del vecchio, stringato e aureo GIANTURCO, ma non sono più

---

davvero unico, mantenne sempre la stessa paginazione in tutte le sue edizioni.

<sup>32</sup> Commettendo un (lieve?) delitto filologico, si potrebbe anche esclamare: «*Due-cento-cinquanta-sei!*». Sono infatti 256 le pagine delle *Istituzioni di diritto civile italiano dell'avvocato Emanuele Gianturco: privato docente di diritto civile con effetti legali nella R. Università di Napoli*, Stabilimento tipografico Salvati, Napoli 1885; ma non sono complete, limitate alla parte generale e al diritto di famiglia. Per evitare confusioni, Gianturco dal 1892 ne mutò il titolo in *Sistema del diritto civile italiano* (Luigi Pierro, Napoli, 1892), mai completato: come abbiamo visto, sul finire dell'Ottocento Gianturco era più che attivo in politica, oltre che avvocato. A volte penso che nella celebrazione retorica dell'idealtipo 'giureconsulto italiano' (Gianturco, Ferrara, Santoro Passarelli, Nicolò, Carnelutti: sono nomi scritti a caso, l'elenco potrebbe essere del tutto diverso e continuare molto a lungo) vi sia una radice profonda del disinteresse che sempre più avvolge oggi i giovani verso gli studi giuridici. Se questi giuristi-avvocati (-politici) studiavano soltanto nelle ore libere (libere anche dalla scrittura delle loro opere), quanto progrediva la scienza? Molti direbbero: «*Hanno scritto poco, vero; le cose importanti le hanno scritte da giovani, vero; ma che finezza!, che splendore!, che cultura! (oggi invece... scrivono tanto e pensano poco)*». Conosco fino alla noia questi mitologemi. Non resisterebbero un minuto, se attraversassero le forche caudine della storiografia (almeno) europea. Eppure da loro, dai nostri italianissimi indaffaratissimi giureconsulti, abbiamo tanto da imparare; ma non quello che raccontano le mitografie, che sono l'opposto della lettura.

<sup>33</sup> E se non Gianturco in persona, salve più serie ricerche di archivio, le *Istituzioni* dell'edizione Barbera (comunque scritte prima che Gianturco fosse investito del corso ufficiale).

<sup>34</sup> Le *Istituzioni* di Vincenzo Simoncelli, qui ricordate da Ascarelli [SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Spoleto, 1914, 619 pp.; 2<sup>a</sup>, Roma, 1917, 720 pp.; 3<sup>a</sup> “riveduta e aumentata da Filippo Vassalli”, Roma, 1921, 727 pp.: questa edizione ebbe ristampe fino al 1929], ebbero minor fortuna del manuale di Gianturco, ma – Ascarelli scrive da Roma – erano assai più ‘romane’ che ‘napoletane’. Nativo di Sora (Frosinone), Simoncelli proveniva dall'insegnamento privato di Gianturco. Dopo

“formativi”! Si può – e la misura dipenderà appunto dall’ampiezza dello svolgimento del corso la cui annualità o biennialità non può valutarsi, se non nel quadro di un generale riordinamento degli studi e in funzione dell’ordinamento di tutti i corsi privatistici – anche omettere, o limitare a un semplice richiamo di articoli di codice, la disciplina d’alcuni problemi; si devono trattare in modo che siano intesi e assimilati alcuni principi e magari illustrandone premesse e funzioni che invece (non sembri un assurdo!) possono essere presupposti in un corso monografico di carattere più tecnico; si deve dare il senso dell’importanza comparativa dei nostri istituti e, a mio avviso, della loro importanza comparativa anche fuori del quadro forense<sup>35</sup>.

L’«aureo» Gianturco: non possiamo inzeppare nelle nostre pagine informazioni sovente inutili e caduche; un Manuale (appunto: un libro che deve stare in una mano) non è un regesto di regolette e degli ultimi *dicta* di qualche suprema corte. Bisogna, insegna Ascarelli, chiedersi come il diritto aiuti a capire la società, soprattutto convincendosi che la società non ha i confini del proprio studio legale e neanche delle aule di tribunali.

Poi il colpo decisivo:

Tra uno studente che esca dal corso di istituzioni avendo un’idea del problema dei contratti agrari e uno che invece, non avendo nessuna idea dei contratti agrari, ne esca ricordando perfettamente la misura delle quote dei vari eredi concorrenti nella successione legittima, disciplina della quale il primo ha ritenuto solo l’idea del concorso, *mi sembra più “preparato” il primo (ma è invece assai più frequente il secondo)*<sup>36</sup>.

Cosa chiediamo ai nostri studenti durante l’esame? Qualsiasi regoletta che oggi chiunque troverebbe sul proprio smartphone in dieci secondi, sol che conosca appena la sistematica? Licenziamo coi bei voti le nostre studentesse e studenti quando sembrano dei *Wikipedia* viventi?, quando parlino come un *libro stampato*? (che cosa orrenda...); quando in tal modo sosteniamo la folle ipocrisia che il giurista *parli il diritto*, perché ce l’ha dentro, invece che sia umilmente un uomo colto che *parla con il diritto* agli uomini e *tra gli uomini*?

---

aver insegnato a Camerino e Pavia, nel 1899 fu chiamato “per comando” amministrativo a Roma ad insegnare Procedura civile, mentre Preside della Facoltà era Vittorio Scialoja, del quale Simoncelli poco dopo sposerà la figlia. Successivamente, sempre alla Sapienza, insegnerà diritto ecclesiastico e diritto civile [SIMONCELLI, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto privato: lezioni dettate nella R. Università di Roma nell’anno 1906-1907 e compilate per cura di Giuseppe Folchieri*, Roma, 907, 1044]. Sarà poi Simoncelli componente della commissione che diede la vittoria a Giuseppe Chiovenda, allievo di Scialoja, nel concorso di Procedura civile a Parma. Notizie che ricavo dall’indimenticabile CIPRIANI, *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 265 ss.

<sup>35</sup> ASCARELLI, *Sull’insegnamento delle istituzioni*, cit., c. 116.

<sup>36</sup> ASCARELLI, *ibidem*, corsivo aggiunto.



Il tanto ingiustamente vituperato Georg Friedrich Puchta (e troppo poco si ricorda che muore soltanto a 48 anni), il ‘cattivone’ del formalismo, quello che in un libro che stimo poco, la *Storia del pensiero giuridico* di Karl Larenz ha il semblante del *Villain* shakespeariano<sup>37</sup>, scrive le sue *Pandette* nel 1838, 629 pagine in ottavo piccolo<sup>38</sup>. Dietro questo volume, che si porta ancora in giro comodamente con una mano sola, ci sono le decine e decine di volumi di commenti al Digesto; ci sono gli scaffali strapieni di Donello e di Cuiacchio, tutta una secolare sterminata cultura del commento, dell’opinione e della controversia. Un mare affascinante che dava il voltastomaco agli illuministi. E dopo, i pandettisti, tanto presi in giro dai loro coltissimi e ingrati eredi novecenteschi: questi uomini hanno avuto nell’Ottocento il coraggio di dire: va bene, quei volumoni hanno reso invisibile il mondo, coprendolo di discorsi; riduciamo tutto ad alcuni concetti fondamentali, mettiamo in evidenza innanzitutto le concatenazioni: questo è il diritto, questo è il sistema, e come sistema, caro studente, te lo trasmetto. Poi noi potremo criticare la forma di trasmissione, ma c’è il coraggio della scelta. Dovremmo averne altrettanto, e scrivere libri brevi. Ho sempre pensato che sia molto più difficile scrivere bene un libretto che un librone.

\*\*\*

Era facile essere studenti di Gianturco? Per niente. Andavi all’Università di Napoli (molto probabilmente, lo abbiamo visto, andavi in realtà a casa Gianturco), ti trovavi il manuale di 256 pagine (la prima edizione napoletana delle sue *Istituzioni*) e, dello stesso autore, la *Crestomazia dei casi giuridici*, del 1884: 48 pagine<sup>39</sup>. «Meno di trecento pagine!» – avrà pensato il giovane studente di belle speranze e scarsa passione, mantenuto dalla famiglia a studiare nella svagatissima città – «me la spiccerò presto e bene». Pia illusione.

Rudolf von Jhering nel 1870 aveva pubblicato *La giurisprudenza della vita quotidiana*<sup>40</sup>, un libretto di casi (non risolti) rivoluzionario, nei quali il diritto veniva vissuto

<sup>37</sup> Il quadro storiografico è oggi notevolmente cambiato: HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, Frankfurt am Main, 2004.

<sup>38</sup> PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838; 2<sup>a</sup>, 1844, 750 pp.; 3<sup>a</sup> 1845, 760 pp.; la quarta, apparsa nello stesso anno della sua morte, fu aggiornata da Adolf Friedrich Rudorff: 4<sup>a</sup>, 1848, 768 pp.

<sup>39</sup> GIANTURCO, *Crestomazia dei casi giuridici in uso accademico, composta e ordinata dall’avvocato Emanuele Gianturco privato docente di dritto civile con effetti legali*, Stabilimento tipografico Salvati, Napoli 1885. Ricordiamo qui l’omaggio a Gianturco nei due fortunati volumi di casi giurisprudenziali, commentati ed annotati, raccolti da Giovanni Perlingieri e Gabriele Carapezza Figlia: G. PERLINGIERI e CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L’«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I-II, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 2021.

<sup>40</sup> VON JHERING, *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, Mauke, Jena 1870. Jhering, nel suo insegnamento, impiegava prima una raccolta di 36 casi di Puchta da lui ampiamente integrata con altri 100: VON JHERING, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 1: Enthaltend 100 Rechtsfälle vom Verfasser und 36 vom verstorbenen G.F. Puchta*, Leipzig, 1847 (Jhering era agli inizi: nel 1844 aveva pubblicato il suo

attraverso i singoli minuti momenti dell'esperienza comune. Filippo Serafini, già molto legato a Jhering, ne promosse immediatamente la traduzione<sup>41</sup>. Gianturco, infiammato di entusiasmo per Jhering, gli scrive, chiedendo di potergli dedicare la sua raccolta; Jhering acconsente (e non era affatto scontato, Gianturco era soltanto un giovane docente privato)<sup>42</sup>. Gianturco non solo pone la dedica<sup>43</sup>, ma vi premette il testo integrale della lettera di Jhering, in originale e in traduzione.

Che il nostro immaginario studente avrebbe avuto con Gianturco vita meno facile delle sue speranze, avrebbe dovuto capirlo già da questo passaggio della *Prefazione*:

I casi erano dapprima disposti nell'ordine stesso delle mie Istituzioni: ma, considerata più maturamente la cosa, li ho disposti alla rinfusa, perché i giovani ricerchino essi stessi a quale istituto giuridico il caso si riferisca e quali siano i principi da applicare per risolverli. Il profitto sarà tanto maggiore, quanto più grande sarà la fatica durata per trovare la via della risoluzione<sup>44</sup>.

Niente pappe pronte, niente soluzioni scontate, nessuna celebrazione dell'eterna verità; ma ricerca, ricerca innanzitutto delle pagine giuste da leggere. E guardate che casi. Ne racconto uno soltanto, scelto perché ci riporta alla pandemia, che speriamo conclusa per sempre e, soprattutto, perché è oggetto di un magnifico saggio di Emanuele Stolfi<sup>45</sup>. È il caso numero 30; Gianturco ci avverte che proviene da un'altra *Crestomazia*: quella del suo maestro, Giuseppe Polignani, mai pubblicata, probabilmente smarrita per sempre<sup>46</sup>.

---

primo volume). Da queste integrazioni nacque poi la seconda raccolta.

<sup>41</sup> VON JHERING, *La giurisprudenza della vita quotidiana, tradotta ed annotata da Vito Perugia sotto la direzione di Filippo Serafini*, Bologna, 1871.

<sup>42</sup> Sulla fortuna dell'insegnamento casistico in Italia TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La Crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze - Lettura di Emanuele Gianturco, Crestomazia di casi giuridici in uso accademico [Napoli 1884], rist. anast., Forni, Bologna, 1989, V ss.;* ID., *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'Ottocento*, in PICARDI, SASSANI, TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, I, Napoli, 2001, 431 ss.; ID., *Le tecniche casistiche di insegnamento del diritto: esperienze e modelli a confronto*, in ROMANO (a cura di), *Dalla lectura all'e-learning*, Bologna, 2015, 277 ss.; STOLFI, *La civilistica lucana fra Ottocento e Novecento: istanze sistematiche e metodo casistico. Alcune riflessioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1097 ss.

<sup>43</sup> «A / Rodolfo von Jhering / che più addentro di ogni altro / contemporaneo o predecessore / intese / il dritto dell'antica Roma / e / nella conciliazione della scienza colla vita / pose / il fine ultimo e universale / della Giurisprudenza».

<sup>44</sup> GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 16.

<sup>45</sup> STOLFI, *Quaestiones iuris. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2008, 1 ss.

<sup>46</sup> Sempre nella *Prefazione*, Gianturco scrive: «E per non dire di altri in Italia, quegli che più profondamente maturò il concetto di Ihering, e che volle farne il fondamento dell'avviamento alla pratica quotidiana dell'Avvocheria, fu il mio compianto maestro e amico, Giuseppe Polignani. Nessuno ebbe più di lui cognizione profonda delle fonti del dritto romano e moderno, mente più originale ed acuta, intuito più sicuro delle necessità pratiche dell'insegnamento del dritto. Ad un in-

Ecco il caso:

Olga, passeggiando in un giardino in S. Canciano nel Veneto, nel luglio 1873, cadde in deliquio.

Una famiglia, che abitava lì vicino, l'accoglie in casa, e manda pel medico. Questi si accorge, che costei è colta dal colera. Quella famiglia fugge, e l'inferma rimane con la madre e con la sorella.

Ella guarì, ma le sue congiunte morirono per la detta malattia.

La Commissione sanitaria fece togliere l'intonaco alle mura, ed eseguire quant'altro giudicò opportuno per disinfettare le stanze. Anche i mobili furono distrutti.

Una certa Olivieri era proprietaria di quella casa, e l'aveva locata al Prof. Pick, il quale l'aveva sublocata a quella famiglia. Pick cita la locatrice, perché rimetta la casa in buono stato locativo. Ella si rifiuta. Chi deve ristorare codesto danno?<sup>47</sup>.

Rispondiamo... non è mica semplice! C'è una locazione, una sublocazione, un soccorso privato, una impossibilità di conoscenza *ex ante* del rischio, un *factum principis*; non una passeggiata per chiunque, soprattutto se ha a disposizione un volumetto di 256 pagine.

Ma c'è un aiuto. Gianturco aggiunge una indicazione, un suggerimento per la soluzione. È il seguente, lo riproduco per intero:

«L. 2 § 3 Dig. de lege Rhodia de jactu 14, 2»<sup>48</sup>.

«Su, prof., la smetta di scherzare!»; oppure, scendendo le scale dello studio Gianturco, rivolto al collega di scuola: «*ma chist' che vol?! è asciut' pazz'!*»... e via peggiorando.

Cosa dice il frammento del Digesto richiamato? Parla di pirati che sequestrano una nave e tutto il suo carico, appartenente a molteplici vettori. Dopo che uno di loro abbia

---

gegno sommamente speculativo egli accoppiava l'esperienza grande della vita del dritto, che aveva acquistata, esercitando l'avvocheria per circa trent'anni. Né la causa era per lui l'occasione di arzigogoli e cavilli curiali; era un caso giuridico, cui bisognava applicare principii certi e rigorosi, ed era contemporaneamente la prova e la riprova di essi. Negli ultimi mesi della breve sua vita, pieno del desiderio di tornare all'insegnamento, egli scrisse alcuni casi giuridici, che dovevano servire alle esercitazioni del prossimo anno scolastico: ma la morte tolse all'Italia un'opera, che sarebbe stata il segno più sicuro del rifiorire degli studii giuridici presso di noi. Quei pochi casi giuridici, insieme alle altre opere inedite del mio amatissimo maestro, saranno fra breve pubblicati dai figli Gaetano, Biagio e Luigi Polignani. Sento quindi il debito di ringraziarli pubblicamente di avermi concesso di pubblicarne alcuni fin da ora, per conferire pregio grandissimo alla raccolta mia»: GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 15 s.

<sup>47</sup> GIANTURCO, *Crestomazia*, cit., 31 s.

<sup>48</sup> GIANTURCO, *ibidem*.

recuperato la nave, pagandone il riscatto ai pirati, ci si chiede se costui abbia azione verso gli altri vettori per la compartecipazione alle spese<sup>49</sup>.

Molta distanza, molto lavoro della mente (proprietario, conduttore, subconduttore, autorità sanitaria, da una parte; vettori e pirati, dall'altra): la riflessione, districarsi nella selva delle somiglianze e differenze, pesarne la rilevanza normativa... Gianturco vuol costringere i suoi allievi non ad imbottirsi di regolette già scritte su qualche foglio solenne, ma mettere in movimento la potenza dell'analogia<sup>50</sup> – questo, soltanto questo si deve insegnare. Per tutto il resto bastano le velocissime, portatili e infallibili memorie digitali.

\*\*\*

Dedico le ultime pagine provando a riprendere la questione del dentro o fuori. E ricordo, ancora una volta, un'affermazione di Nicolò Lipari, sempre dallo scritto del 2015:

Nella mia lontana prolusione del 1968 avevo usato una formula che non è stata ripresa e che, pur nella sua dichiarata ambiguità, può avere una sua suggestione metodologica per chi si avvia allo studio del diritto. Avevo detto che il giurista deve interpretare sociologicamente la norma o il sistema e dogmaticamente la realtà o il dato sociale. L'importante è essere costantemente consapevoli che i due processi non rappresentano momenti logicamente isolabili. Se la nuova generazione di civilisti si avvierà responsabilmente lungo questa strada (e la parola metodo evidenzia proprio, nella sua radice etimologica, questo camminare insieme), la generazione cui appartengo se ne sentirà appagata e forse si compiacerà di avere in qualche modo concorso ad un effettivo progresso dell'esperienza giuridica<sup>51</sup>.

Il professor Lipari forse non sa, e qui corre l'ultimo dettaglio autobiografico, che la questione «sociologicamente la norma» e «dogmaticamente la realtà» era dibattutissima nelle stanze dell'Istituto giuridico della Salerno degli anni Ottanta. Ero appena laureato e facevo ricevimento studenti per il corso di Diritto civile. Tra i testi c'era il già prima ricordato *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, di Perlingieri. E lì, vi erano delle pagine dedicate al «dogmatismo sociologico» in confronto critico con Lipari<sup>52</sup>. Fu così che per un

<sup>49</sup> Rinviamo all'analisi magistrale di STOLFI, *Quaestiones iuris. Casistica e insegnamento giuridico*, cit., 14 ss.

<sup>50</sup> Piace qui ricordare LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1 ss.; insegna che, se guardiamo alla costruzione della disciplina che procede «per una serie di ipotesi simili», si dovrà concludere che «l'interpretazione è sempre analogica»: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 4<sup>a</sup> ed., II, 311 pp.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 194, nota 138: ogni interpretazione «ha natura analogica, per affinità o somiglianza, sì che l'analogia è il motore di ogni indagine ermeneutica».

<sup>51</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., c. 221.

<sup>52</sup> Ad oltre cinquant'anni di distanza, a quelle dispute occorre guardare con taglio storiografico

paio di anni, ogni settimana, mi capitava uno studente che chiedesse lumi sulla divergenza tra i due. La illustravo, di settimana in settimana sempre più stancamente, fino a quando (lo confesso, sono passati oltre trent'anni, invoco la misericordia dei Numi) mi stancai così tanto che dissi ai ragazzi: «Non lo chiedo più agli esami, non me lo chiedete più!».

Ma ascoltiamo Lipari:

Allora la domanda fondamentale da porsi dovrebbe essere questa: noi insegniamo ai nostri studenti a leggere i testi normativi; come e quando insegniamo a leggere i fatti? Non accade piuttosto che nelle nostre università, per la forza attrattiva di sedimentati modelli didattici, si creino le premesse di quel distacco tra schemi normativi e modelli comportamentali che è probabilmente una delle cause fondamentali della crisi del nostro sistema sociale?

[...]

Quando parlai nel lontano 1968, affrontando quel problema di metodo che oggi si dovrebbe riproporre, del “diritto civile tra sociologia e dogmatica”, intendevo proprio questo. E in tal modo mi distinguevo da amici che pur tendevano allo stesso risultato, peraltro operando nell’ottica degli atti di posizione, anziché in quella degli atti di riconoscimento. Così Rodotà, quando teorizzava sulla necessità di una legislazione per principi o Perlingieri quando accentuava la preminenza dei precetti costituzionali. Nessuna di queste opinioni mi trovava contrario, ma il mio atteggiamento rimaneva direttamente operativo, quale che fosse stata la posizione assunta dai patrii legislatori<sup>53</sup>.

Atti di posizione, ovvero, quella che ho altrove chiamato la «via normativa»<sup>54</sup>. Se la norma è fondata ermeneuticamente, la convergenza è massima. Ho detto però che di queste discussioni non si può trattare come se fossero un catalogo di botte e risposte; è la storia che comprende. Sul finire degli anni Sessanta era possibile immaginare una società in ascesa, volta alla rivendicazione di diritti civili e sociali, fondati sulla Costituzione, e un Legislatore (ordinario) ancora legato a vecchi moduli, discendenti dal tradizionalismo conservatore anteguerra. Il percorso evolutivo, fosse di riconoscimento o di posizione, era una speranza condivisa da molti. Oggi il pluralismo sociale è il luogo di conflitti culturali e religiosi sempre più aspri, un discorso di divisione (se non di odio), che mette in crisi l’anima inclusiva del pluralismo<sup>55</sup>.

---

e non è certo questo il momento. Richiamiamo soltanto i *loci*: LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 300 ss.; P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 455 ss.

<sup>53</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., c. 220.

<sup>54</sup> FEMIA, *La via normativa. Pietro Perlingieri e i valori costituzionali*, in ALPA e MACARIO (a cura di), *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, figure di giuristi*, Milano, 2019, 359 ss.; LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, 123 ss.

<sup>55</sup> P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione e ordine pubblico costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*,

Concludo. Dobbiamo portare l'esterno verso l'interno, introiettare il pluralismo; il diritto può funzionare soltanto se democratico. Noi giuristi dobbiamo insegnare ai ragazzi a leggere le norme di fronte e attraverso; che il sistema non è fatto da norme (regole e principi), ma da devianze, ovvero da fatti strutturati nel riferimento morfologicamente distorto rispetto ad una regola. Dobbiamo insegnare ai futuri giuristi a liberarsi dal culto feticista della conformità, poiché il progresso evolutivo procede sempre attraverso la devianza normativa. Basti pensare alla storicamente cangiante morfologia degli atti di autonomia e delle loro classificazioni. Pensiamo ai «negozi giuridici trasfigurati» di Ernst Rabel e al negozio indiretto di Tullio Ascarelli: figure per l'introiezione giuridica del cambiamento storico<sup>56</sup>. La morfologia è il segno che l'evoluzione normativa non è solamente una categoria storica da guardare da fuori, ma è qualcosa che bisogna poter applicare all'interno. Quello che ciascuno di noi deve fare, da giurista-interprete, è considerare come le varie forze che hanno fatto la norma abbiano operato, e dare spazio democratico alle forze cui sia mancata, per debolezza strutturale, la possibilità di incidere sulla battaglia testuale per la scrittura della legge.

Noi privatisti non abbiamo le leve del potere, però conosciamo la società dal basso. E possiamo dal basso educare questi ragazzi a stare dentro e fuori il diritto.

\*\*\*

Chiudo come ho cominciato, con l'amato Jhering. Nella *Lotta per il diritto*, 1872, scrive: «Non il Diritto pubblico ma il privato, è la vera scuola di educazione politica di un popolo»<sup>57</sup>. Diventerai cittadino conoscendo, nella tua realtà, come applicare la giustizia. Prima che piovano le grandi catene deduttive dall'alto, prima che ti dicano che esiste un solo ordine, che è quello buono, che è quello che comanda, noi giuristi privatisti dobbiamo guardare dal basso, dobbiamo vedere la rete infinita delle contrattazioni e trovare lì dentro uno spazio per la democrazia.

---

1983, 842 ss.; ID., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 165 ss.; LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, cit., 971 ss.; ID., *Diritto civile e ragione*, cit., 44 ss.

<sup>56</sup> RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zur Lehre von der Injurezession und vom Pfandrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 40, 1906, 290 ss. e 41, 1907, 311 ss.; ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Tip. Leonardo Da Vinci, Città di Castello 1930 (più volte ripubblicato, con variazioni). Ho provato ad affrontare la questione in uno studio che spero di poter pubblicare presto.

<sup>57</sup> VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1872, 72 s.; ID., *La lotta pel diritto*, in Rodolfo von Jhering, *La lotta pel diritto* [trad. it. di Mariano] e R. MARIANO, *La libertà di coscienza*, Milano-Napoli-Pisa, 1875, 204 s.



# Internazionalizzazione degli studi giuridici e lingua dell'insegnamento universitario



Pietro Sirena

**SOMMARIO:** 1. L'internazionalizzazione delle università e l'insegnamento del diritto: una questione di politica culturale. – 2. La coerenza linguistica tra prassi professionale e insegnamento universitario del diritto: crisi di un modello sociale e accademico. – 3. Il ruolo del diritto positivo nella formazione del giurista. – 4. Il rapporto tra diritto positivo e cultura giuridica.

## 1. L'internazionalizzazione delle università e l'insegnamento del diritto: una questione di politica culturale

Il parallelismo tra lingua e diritto è stato ampiamente sviluppato soprattutto in base alla concezione istituzionalistica e organicistica di tali fenomeni sociali<sup>1</sup>, la quale è in larga parte dovuta al romanticismo tedesco di fine Ottocento<sup>2</sup>: basti pensare alla “historische Rechtsschule” di Friedrich Carl von Savigny<sup>3</sup>. Più di recente, il tema è stato rivisitato

<sup>1</sup> Per un quadro d'insieme, v. NENCIONI, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, Firenze, 1946; PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, Milano, 1962 e, più di recente, ESPOSITO, *Vitam instituere. Genealogia dell'istituzione*, Torino, 2023, 25 ss.; LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, a cura di AVITABILE, Torino, 2000, spec. 23. Sul parallelismo tra lingua e diritto, sono da vedere i contributi di G. Nencioni, S. Timpanaro e altri pubblicati in *Belfagor*, 1963, 1 ss., nonché le ricerche di G. Devoto, P. Fiorelli, T. De Mauro e F. Sabatini.

<sup>2</sup> CARETTI, *Discutere del linguaggio dei giuristi per riflettere sul loro ruolo oggi: qualche considerazione a conclusione del convegno 'La lingua dei giuristi'*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2015, 1 ss.

<sup>3</sup> JACOMETTI, *Il linguaggio giuridico tedesco, in Europa e linguaggi giuridici*, a cura di Pozzo e TIMOTEO, Milano, 2008, 158 ss. L'impostazione del von Savigny è stata fundamentalmente ripresa da GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1 ss.; ID., *Un dialogo con i comparatisti su lingua e diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, 412 ss.

nel contesto della teoria della complessità<sup>4</sup>, dapprima adottata dalle scienze della natura e poi importata in quelle della società<sup>5</sup>.

Nella letteratura comparatistica, la teoria del linguaggio ha senz'altro offerto un apporto prezioso all'elaborazione del metodo strutturalistico di Rodolfo Sacco<sup>6</sup>, costituendo peraltro oggetto di costanti approfondimenti da parte della sua scuola<sup>7</sup>, anche per quanto riguarda specificamente il diritto dell'Unione europea<sup>8</sup>.

In parallelo, l'analisi del linguaggio di matrice analitica e anglosassone ha avuto ampio seguito nella nostra filosofia del diritto, movendo soprattutto dai contributi (anti-giusnaturalistici) di Norberto Bobbio e di Uberto Scarpelli<sup>9</sup>. Più in generale, il rapporto tra diritto e linguaggio ha costituito inevitabilmente una questione centrale nella teoria dell'interpretazione giuridica<sup>10</sup>, anche facendo riferimento all'ermeneutica della filosofia continentale<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> IRTI, *Un 'volo di storni' tra lingua e diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, spec. 959 ss.; ID., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020.

<sup>5</sup> FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Oltre il "positivismo giuridico" in onore di Angelo Falzea*, a cura di SIRENA, Napoli, 2012, 3 ss.

<sup>6</sup> SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 689 ss. (e poi Bologna, 2015); ID., *Langue et droit*, in *Les multiples langues du droit européen uniforme*, a cura del medesimo e di CASTELLANI, Torino, 1999, 163 ss.; ID. *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2000, p. 117 ss.; ID., *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, a cura di VISCONTI, Milano, 2010, 21 ss.

<sup>7</sup> *Ordinary Language and Legal Language*, a cura di POZZO, Milano, 2005; *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche*, a cura di IORIATTI FERRARI, Trento, 2006; *Europa e linguaggi giuridici*, a cura di POZZO e TIMOTEO, cit.; DANNEMANN, FERRERI, GRAZIADEI, *Language and Terminology*, in *European Union Private Law*, a cura di TWIGG-FLESNER, Cambridge, 2010, 70 ss.; *Lingua e diritto: oltre l'Europa*, a cura di POZZO, Milano, 2014; GRAZIADEI, *Law, Language and Multilingualism in Europe: The Call for a New Legal Culture*, in *Language and Culture in EU Law: Multidisciplinary Perspectives*, a cura di ŠARČEVIĆ, Farnham, 2015, 17 ss.; IORIATTI, *Lingua e diritto*, in *Temi e istituti di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di BENACCHIO e CASUCCI, Torino, 2017, 225 ss.; *Traduttologia e linguaggio giuridico*, a cura di JACOMETTI e POZZO, Padova, 2018; *Lingua e diritto*, in AJANI, PASA e FRANCAVILLA, *Diritto comparato*, I, *Questioni di metodo*, Torino, 2023, 75 ss.

<sup>8</sup> Sul tema, v. soprattutto S. PATTI, *Traduzione e interpretazione nell'Unione europea: brevi appunti di un civilista*, in ID., *Diritto privato e codificazioni europee*<sup>2</sup>, Milano, 2007, 339 ss.

<sup>9</sup> BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 342 ss.; SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959 (nuova ed. Milano, 1985); *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di SCARPELLI, Milano, 1976; *Il linguaggio del diritto*, a cura di SCARPELLI e DI LUCIA, Milano, 1994.

<sup>10</sup> Nella letteratura più recente, si segnalano soprattutto i lavori di A. Belvedere, A. Gentili e M. Orlandi, sui quali v. NOCERA, *Linguaggio e sapere giuridico: note per una moderna formazione del giusprivatista*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2022, 205 ss. Resta imprescindibile il contributo di Salvatore Pugliatti, su cui v. MEMMO, *Lingua e diritto tra sistema e storia: la centralità del pensiero di Salvatore Pugliatti nella questione della rilevanza giuridica del fenomeno linguistico*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1252 ss.

<sup>11</sup> V. soprattutto G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul "diritto muto"*, in *Europa e dir. priv.*, 1996, 137 ss. e SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1249 ss.



Da un punto di vista più orientato alla prassi, è stato poi ampiamente studiato il linguaggio utilizzato nelle leggi, nelle sentenze e negli atti della Pubblica Amministrazione<sup>12</sup>, anche in relazione ad altri saperi specialistici<sup>13</sup>.

Minore attenzione è stata invece dedicata alla lingua degli insegnamenti giuridici<sup>14</sup>, la quale costituisce tuttavia una delle questioni cruciali sulle quali si gioca non soltanto il futuro della didattica universitaria, ma anche quello dei giuristi come ceto accademico e come ceto professionale. Inevitabilmente, tale discussione è destinata a svolgersi sullo sfondo della più generale internazionalizzazione delle università e della connessa spinta all'utilizzazione dell'inglese come lingua franca di insegnamento e di apprendimento<sup>15</sup>.

Prima ancora di affrontare il problema della metodologia della didattica, ossia della tecnica dell'insegnamento e della valutazione degli studenti, si rende necessaria una riflessione sulle grandi scelte di politica culturale che stanno alla base degli studi giuridici e che forse possono essere state più o meno ovvie in passato, ma che poi (a partire da un certo punto degli anni Sessanta) si sono indebolite progressivamente, fino a essere investite ormai da una vera e propria crisi.

<sup>12</sup> MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001; *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, a cura di GARZONE e SANTULLI, Milano, 2008; *L'italiano giuridico che cambia*, a cura di Pozzo e BAMBI, Firenze, 2012; *Il linguaggio del diritto: esperienze a confronto*, a cura di ROMBOLI, Pisa, 2013; *Lingua e diritto: scritto e parlato nelle professioni legali*, a cura di MARIANI MARINI e BAMBI, Pisa, 2013; LUBELLO, *La lingua del diritto e dell'amministrazione*, Bologna, 2017; Id., *L'italiano del diritto*, Roma, 2021.

<sup>13</sup> D'ALBERTI, *Il diritto tra lingua e "antilingua"*, in *Pensiero giuridico e riflessione sociale. Liber amicorum Andrea Bixio*, Torino, 2017, 344 ss.; JACOMETTI, *Lingua del diritto e linguaggi specialistici*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., VIII Agg.*, dir. da SACCO, Torino, 2013, 321 ss.

<sup>14</sup> Per qualche spunto, v. GAROFALO, MEZZANOTTE, F.P. PATTI, *L'insegnamento del diritto civile: prospettive metodologiche (a proposito di un recente convegno)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 643 ss., spec. 649 s.

<sup>15</sup> A tale proposito, v. *Fuori l'italiano dall'Università? Inglese, internazionalizzazione, politica linguistica*, a cura di MARASCHIO e DE MARTINO, Roma-Bari, 2012; *L'italiano alla prova dell'internazionalizzazione*, a cura di CABIDDU, Milano, 2017. All'incirca dieci anni fa, la decisione presa da un'università italiana di adottare esclusivamente la lingua inglese nelle lauree magistrali e nei dottorati di ricerca (in discipline tecnico-scientifiche) ha suscitato (non soltanto un contenzioso innanzi alla magistratura amministrativa e una sentenza della Corte costituzionale, ma anche) un acceso dibattito, il quale non è rimasto del tutto estraneo all'area delle scienze giuridiche. A tale proposito, v. le contrapposte prospettive di CABIDDU, *La lingua e il mito (dell'internazionalizzazione)*, in *Diritto pubblico*, 2013, 559 ss.; EAD., *L'italiano siamo noi: lingua e cittadinanza attiva*, in *L'italiano alla prova dell'internazionalizzazione*, a cura della medesima, cit., 15 ss. (la quale contesta l'utilizzo del *basic English* come veicolo di una internazionalizzazione dell'università che risulterebbe solo di facciata, propugnando invece il valore della differenza e del pluralismo, anche linguistico) e M. CARTABIA, *La lingua inglese e lo studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 907 ss. (la quale, traendo spunto dall'articolo di TOMUSCHAT, *The (Hegemonic?) Role of the English Language*, in *86 Nordic J. Intl Law*, 2017, 196 ss., ritiene invece che l'uso della lingua inglese possa costituire un'occasione per tenere viva la cultura giuridica italiana e per diffonderla nel mondo).

## 2. La coerenza linguistica tra prassi professionale e insegnamento universitario del diritto: crisi di un modello sociale e accademico

La laurea magistrale in giurisprudenza costituisce l'archetipo e comunque il modello al quale più o meno consapevolmente ci si riferisce quanto si affronta il tema dello studio universitario del diritto.

Si deve tuttavia tener presente che il discorso sulla didattica non può che muovere dalla specificità di ciascun corso di laurea o programma di studi in cui l'insegnamento universitario del diritto si inserisce. Il diritto è insegnato infatti in diverse lauree di primo livello e magistrali, tra le quali spicca ovviamente quella in giurisprudenza (o, come si deve ormai dire, in scienze giuridiche), ma anche in master universitari di primo e di secondo livello, nonché nei dottorati di ricerca. Sarebbe quindi sbagliato (e comunque insoddisfacente) che il diritto fosse insegnato sempre nello stesso modo o soltanto con piccole variazioni marginali.

L'impostazione didattica del corso di laurea magistrale in giurisprudenza è (ovviamente) incentrata su alcune prospettive professionali specifiche dei suoi laureati, che, pur non essendo certamente le uniche, lo caratterizzano in modo evidente. Si tratta infatti di un corso di laurea che in definitiva, è strutturato per l'accesso all'avvocatura, al notariato e alla magistratura (nonché alla pubblica amministrazione nel suo complesso). Da questa premessa deriva una serie di specifiche conseguenze riguardo alla didattica, le quali attengono anzitutto all'oggetto dell'insegnamento (che è principalmente costituito dal diritto italiano) e alla lingua dell'insegnamento (che è quella italiana).

Infatti, gli esami e i concorsi pubblici per l'accesso all'avvocatura, al notariato, alla magistratura e alla pubblica amministrazione hanno principalmente (se non esclusivamente) a oggetto proprio il diritto italiano e sono sostenuti appunto in italiano: essendo orientata alla formazione dei candidati a quegli esami e concorsi pubblici, la didattica del corso di laurea magistrale in giurisprudenza deve rispecchiare le stesse caratteristiche. A ciò consegue che gli studenti sono tutti italiani, così come lo sono i loro professori (con le dovute eccezioni): in tal senso gioca soprattutto il fatto che il contesto delle professioni legali "ordinistiche" e della pubblica amministrazione italiana non sia abbastanza interessante dal punto di vista sociale ed economico per attrarre studenti internazionali nelle nostre facoltà di giurisprudenza, per far studiare loro il diritto italiano per cinque anni e ancor prima per far loro investire tempo ed energie per l'apprendimento della nostra lingua.

Una situazione del genere non può essere oggi soddisfacente e non ci si può quindi sottrarre alla sfida di un suo cambiamento radicale. Anzitutto, perché anche per il pubblico italiano le professioni legali "ordinistiche" sono sempre meno attraenti dal punto di vista socio-economico. Può darsi che, tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta, si sia raggiunto o forse anche oltrepassato il punto di saturazione degli iscritti a giurisprudenza e può quindi darsi che la diminuzione del loro numero sia necessaria e, in qualche modo, anche benefica, ma non si può ignorare che essa possa suscitare anche qualche elemento di preoccupazione, tanto più se esaminata nel contesto più generale del calo demografico che interessa il nostro Paese.

Occorre poi tener conto che il mondo accademico nel suo complesso si sta muovendo verso una sempre più accentuata internazionalizzazione della didattica e della ricerca. Si persegue la diversificazione di nazionalità degli studenti e, se possibile, anche dei professori; a tal fine, si chiede sempre di più che l'insegnamento si svolga in lingua inglese; le pubblicazioni che pesano nel contesto accademico sono quelle fatte sulle riviste internazionali e quindi inevitabilmente sono in inglese, e così via<sup>16</sup>. Ci si può scandallizzare di fronte a queste tendenze, si può anche protestare o forse resistere; ed è anche indubbio che spesso si tratti di mode che possono essere superficiali e anche pericolose, perché suscettibili di degenerare in eccessi che distruggono l'eredità del passato senza creare veramente qualcosa di nuovo e di valido.

Tuttavia, proprio pensando all'eredità del passato, e quindi anche alla responsabilità culturale e, in definitiva, sociale dell'università, basta sostituire l'inglese al latino e fare i dovuti adattamenti per ritrovare qui il nucleo di ciò che essa è stata fin dalle sue origini: una comunità di professori e studenti appartenenti a varie *nationes*, i quali parlano lingue diverse, ma che poi per insegnare e studiare insieme adottano una lingua franca (ieri era il latino, oggi è l'inglese), in cui sono scritti anche i loro manuali e le loro pubblicazioni<sup>17</sup>. Storicamente, ma anche per sua natura, l'università è quindi una comunità internazionale che si propone di perseguire la conoscenza al di là delle barriere geografiche, sociali, linguistiche.

La storia naturalmente non si ripete e le grandi università medievali di Bologna, di Parigi, di Heidelberg, ecc. non possono essere resuscitate a secoli di distanza, ma il nucleo fondamentale di quel modello si basa su un fondamento che merita di essere condiviso e riaffermato: la cultura e la ricerca non hanno connotazioni nazionali e quindi neanche l'insegnamento, che da esse trae alimento, deve avere tali connotazioni.

### 3. Il ruolo del diritto positivo nella formazione del giurista

Ciò non significa che la cosa da fare sia allora quella di dare una verniciata di inglese sui corsi universitari di diritto, magari facendo studiare le matricole su una traduzione del codice civile e di uno dei nostri manuali istituzionali; anzi, in un certo senso, questo è proprio un esempio di ciò che non si può e non si deve fare, costituendo invece una sorta di caricatura dell'internazionalizzazione. Nella misura in cui l'insegnamento del diritto ha a oggetto il diritto positivo, esso non può e non deve essere svolto se non nella lingua nazionale dell'ordinamento giuridico di appartenenza; e d'altro canto è ciò che accade nelle facoltà francesi di giurisprudenza con il diritto francese insegnato in francese, in quelle tedesche con il diritto tedesco insegnato in tedesco, ecc.

<sup>16</sup> Per alcune misurate aperture in tal senso, v. D'ALBERTI, *La lingua inglese e il diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 919 ss.

<sup>17</sup> A tale proposito, v. MONTI, *Tra latino e volgare: il linguaggio giuridico in età medioevale e moderna*, in *Europa e linguaggi giuridici*, a cura di Pozzo e Timoteo, cit., 31 ss.

Il punto è tuttavia che occorre rovesciare tale ragionamento e chiedersi in che misura, tenuto conto dei cambiamenti che riguardano il ceto accademico e professionale dei giuristi, l'insegnamento universitario del diritto debba continuare a essere incentrato sul diritto positivo e quindi, per quanto ci riguarda, su quello italiano.

Per quanto attiene alla laurea magistrale in giurisprudenza, è indubbio che, nel breve e medio termine, essa debba continuare a essere largamente basata sul diritto italiano e, ancora una volta, per la sua necessaria strumentalità rispetto alle professioni "ordinistiche" e alla pubblica amministrazione, il cui accesso è presidiato da un sistema di esami e di concorsi pubblici che sono appunto segmentati su base nazionale e che devono quindi svolgersi sul diritto nazionale e nella lingua nazionale. Peraltro, all'interno dell'Unione europea non ha potuto trovare qui applicazione il principio del mutuo riconoscimento, se non in misura limitatissima.

Tuttavia, al di là di una riflessione di più lungo periodo, dev'essere anche oggi riconosciuto che l'impostazione basata sul diritto positivo degli Stati nazionali, per quanto non possa essere abbandonata, non è assolutamente sufficiente oggi. Dal punto di vista non solo delle conoscenze, ma anche delle competenze linguistiche e delle abilità comportamentali, infatti, si richiede ormai sempre di più a un avvocato, a un notaio o a un magistrato di sapersi muovere professionalmente anche in un contesto che va al di là del proprio diritto nazionale e anche al di là della propria lingua.

Ad esempio, non sussiste alcuna buona ragione perché il diritto internazionale e il diritto dell'Unione europea non siano insegnati in inglese. Ma questo non basta. Si deve ormai prendere atto che la metodologia giuridica generale, e più fundamentalmente il sapere giuridico in quanto tale, non possono essere che l'espressione e il frutto di un dialogo e di una cultura che travalica le frontiere nazionali e quindi anche quelle linguistiche. Ciò significa che i tempi sono maturi perché la base comune degli studi giuridici sia completamente insegnata in inglese e, rovesciando l'impostazione che ha caratterizzato l'ordinamento didattico di giurisprudenza, il diritto positivo debba venire dopo e debba essere percepito dagli studenti e rappresentato dai docenti non come il *prius*, ma come una specializzazione e una variazione di una matrice comune e sovranazionale<sup>18</sup>.

La base comune degli studi giuridici è anzitutto costituita dalla teoria generale del diritto (a cominciare dall'interpretazione, dal rapporto tra i principî e le regole, dalla teoria della giustizia), dallo studio delle tradizioni giuridiche, del diritto uniforme (quello spontaneo che emerge dal raffronto storico-comparatistico tra i diversi ordinamenti e dallo sviluppo della *lex mercatoria*, e quello prodotto invece dalle organizzazioni internazionali, ma anche dalla prassi e dal mondo accademico). Essa ricomprende inoltre lo studio degli strumenti di regolazione del mercato e di controllo del potere privato e pub-

---

<sup>18</sup> Per qualche sviluppo ulteriore di tale ragionamento, v. SIRENA, *National Laws and European Private Law; The Value of Legal Pluralism in Europe*, e BUONANNO, *European Private Law and its Multi-Level Comparative Method*, entrambi in *The Future of European Private Law*, ed. by JANSSEN, LEHMANN, SCHULZE, Baden-Baden, 2023, 349 ss. e, rispettivamente, 379 ss.

blico, della tutela dei diritti fondamentali, dei sistemi di esercizio e di organizzazione della giustizia costituzionale, della giustizia civile e di quella penale, e così via. Su tutto questo esiste una vasta letteratura internazionale in inglese ed è su tale contenuto che deve svilupparsi sempre di più non solo la didattica, ma anche la ricerca.

Questa impostazione è suscettibile di essere rafforzata ulteriormente e in un certo senso radicalizzata per l'insegnamento del diritto al di fuori del corso di laurea magistrale in giurisprudenza. A questo proposito, occorre anzitutto prendere atto che, se le professioni giuridiche "ordinistiche" conoscono oggi una certa recessione, la domanda di giuristi dal mondo delle imprese, delle istituzioni pubbliche, delle associazioni non governative è invece crescente, ma è in larghissima parte una domanda di nuovi profili professionali e lavorativi dei giuristi, che si sviluppano in contesti che sono intensamente internazionali e che richiedono nuove competenze interdisciplinari e, in un certo senso, anche una nuova mentalità del giurista, a cominciare ad es. dallo svolgimento della sua attività professionale in un contesto organizzato, nel quale il gioco di squadra, per così dire, conta più della prestazione individuale. Per fare qualche esempio, si tratta del giurista delle medie e grandi imprese (*legal counsel*), del responsabile del trattamento di dati personali (*data protection officer*), del responsabile della *compliance* e degli aspetti regolatori, ma anche del rispetto della proprietà industriale e intellettuale (*patent officer*), e così via.

In tale ambito, che può corrispondere a quello delle lauree triennali, il riferimento al diritto positivo italiano dovrebbe essere completamente abbandonato e gli insegnamenti giuridici dovrebbero svolgersi integralmente in inglese: il loro oggetto dovrebbe essere quindi costituito dal diritto transnazionale e il modello professionale di riferimento dovrebbe essere quello del giurista globale. Non si tratta dell'importazione alla moda di qualche tendenza straniera o dell'egemonia delle università americane, ma del frutto specifico della tradizione culturale europea degli studi giuridici, i quali partendo dal substrato romanistico del *ius gentium*, del *ius commune* e della *lex mercatoria* sono sfociati nel diritto applicato dall'Organizzazione delle nazioni unite e dei tribunali internazionali, sviluppandosi mediante gli scambi e la circolazione dei modelli giuridici.

#### 4. Il rapporto tra diritto positivo e cultura giuridica

Il fondamento dello *status* accademico e professionale dei giuristi non è costituito da leggi, regolamenti, ordini e discipline, né tanto meno dalla difesa di una nazione e della sua lingua, ma da un modello specifico di razionalità oggettiva che è appunto propria del diritto.

I giuristi di ieri si sono assunti la responsabilità di affermare che la razionalità giuridica è irriducibile alla teologia (il *silete theologi in munere alieno* proclamato da Alberico Gentili a Oxford)<sup>19</sup>; i giuristi di oggi si devono prendere la responsabilità di affermare che

<sup>19</sup> Per tutti, v. MINNUCCI, *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili tra diritto, teologia e*

la razionalità del diritto è irriducibile alla politica, all'economia, alla tecnica<sup>20</sup>, ma anche che essa non è assoggettabile a barriere nazionali o linguistiche.

Il giurista globale di ieri usava il latino, quello di oggi deve usare l'inglese come lingua franca. Ciò non esclude affatto che, quando applica leggi, regolamenti, ordini e discipline di uno specifico ordinamento giuridico (ad es., quello italiano), egli debba utilizzare la lingua di chi esercita il potere sovrano di deliberarli e di applicarli<sup>21</sup>: *redde Caesari quae sunt Caesaris*.

---

*religione*, Bologna, 2016; Id., *Alberico Gentili iuris interpres della prima età moderna*, Bologna, 2011.

<sup>20</sup> Per tutti, v. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, spec. 55 ss.

<sup>21</sup> STRAUSS, *Filosofia e Legge. Contributi per la comprensione di Maimonide e dei suoi predecessori*, Firenze, 2003.



### Innovare i manuali

Carlo Granelli



L'invito che mi è stato cortesemente rivolto a partecipare all'odierna tavola rotonda è, di certo, da ricondurre al fatto che da ormai una quindicina d'anni mi faccio carico – unitamente al collega ed amico Franco Anelli – delle più recenti edizioni di uno dei più longevi manuali di diritto privato attualmente presenti nel panorama editoriale italiano: quello avviato nell'ormai lontano 1952 – oltre settant'anni addietro! – da Andrea Torrente.

Erano quelli tempi in cui l'accademia non usava “dialogare” – come si usa dire oggi – con la giurisprudenza.

Nella dottrina – anche in quella manualistica – i riferimenti giurisprudenziali, quando non del tutto assenti, erano scarsi numericamente e del tutto marginali rispetto al discorso sviluppato dall'Autore.

Lo studente dell'area romanistica – è noto – ha sempre imparato il diritto dal Manuale; e, all'epoca, dai manuali istituzionali – così come dai volumi utilizzati a supporto dei corsi di diritto civile – lo studente 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 *Manuale* di Andrea Torrente – quando apparvero le prime, sempre più fortunate edizioni – veniva a collocarsi decisamente fuori dal coro.

Torrente era sì professore “incaricato” – come allora si diceva – del corso di *Istituzioni di diritto privato* presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma (dal 1956 fino alla morte, prematuramente avvenuta la vigilia di Natale del 1965); ma era, prima di tutto, un magistrato: dal 1948 in servizio presso la Suprema Corte di Cassazione, per divenirne dal 1956 Presidente della seconda sezione civile.

Questa sua collocazione professionale lo rendeva particolarmente attento e sensibile al ruolo svolto dalle Corti nel plasmare quello che oggi usiamo definire come il “diritto vivente”.

Di ciò costituisce testimonianza eloquente il fatto che già prima della seconda guerra mondiale Torrente aveva intrapreso una non episodica collaborazione con l'*Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, per il quale traduceva e commentava sentenze della giurisprudenza tedesca, francese e belga; per approdare poi, finito il conflitto bellico, ad una intensa collaborazione con il *Foro italiano*, per il quale non solo pubblicava note e

commenti alla giurisprudenza, ma svolgeva altresì un anonimo quanto prezioso lavoro redazionale.

Del tutto ovvio che, allorché poneva mano al Suo *Manuale*, Torrente fosse portato ad arricchirlo con le mai sufficientemente rimpianti “note” a piè di pagina, in cui dava conto non solo delle più accreditate posizioni dottrinali, ma anche – e, direi, soprattutto – degli indirizzi interpretativi variamente accolti nella nostra giurisprudenza di legittimità.

Scelta, quest’ultima, che doveva subito rivelarsi particolarmente “attraattiva” non tanto per le matricole al loro primo impatto con il diritto privato, quanto per i laureati che sempre più frequentemente si rivolgevano al *Manuale* di Andrea Torrente a supporto della loro preparazione agli esami di accesso all’avvocatura e persino per i concorsi per l’ingresso in magistratura.

Le “note” a piè di pagina – come è noto – erano destinate a scomparire a partire dalla settima edizione del 1968, allorché – dopo la morte di Andrea Torrente – a dare continuità al Suo *Manuale* l’Editore ebbe a chiamare Piero Schlesinger, che ne avrebbe curato l’aggiornamento e l’evoluzione per oltre mezzo secolo.

Per la verità, la scomparsa delle “note” a piè di pagina era più formale che sostanziale: invero le indicazioni giurisprudenziali, di cui Torrente usava dar conto in sede di “nota” a piè di pagina, venivano, di regola, silenziosamente trasferite nel testo.

Aveva a rilevarlo, con la consueta lucidità, Rodolfo Sacco, che – nell’ambito di un saggio dal titolo *Il manuale per le matricole (dal De Ruggiero al nostro tempo)*, pubblicato sulla *Rivista di diritto civile* del 2015 (II, pagg. 322 ss.) – aveva a sottolineare come fin dalla prima edizione del *Manuale* curata da Piero Schlesinger fosse inserita “una frase dimesa che è poi la chiave per capire l’opera: «dato che ai giudici spetta in definitiva l’ultima parola in ogni controversia, non è azzardato affermare che il diritto *quo utimur* è prevalentemente quello che risulta dalle decisioni delle Corti giudicanti»” (p. 330). Tant’è che Sacco titolava il paragrafo del suo saggio dedicato al *Manuale* di Andrea Torrente, aggiornato da Piero Schlesinger, come “un’opera che viene dal *diritto applicato*” (p. 229)!

Questa attenzione al diritto pretorio – che può oggi apparire nell’ordine naturale delle cose – *all’epoca* era tutt’altro che scontata.

Si ricordi, ad es., che la collana *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata* diretta da Mario Rotondi – che, significativamente, si avvaleva in via pressoché esclusiva del contributo autorale di pratici del diritto (magistrati ed avvocati) – avrebbe preso avvio solo nel 1963 fra l’indifferenza e la scarsa considerazione da parte dell’accademia (a dispetto del successo che doveva invece lungamente arriderle sul piano commerciale).

Si sarebbe dovuto attendere fino al 1985, perché vedesse la luce la rivista, diretta da Francesco Galgano, *Contratto e impresa*, che recava il significativo sottotitolo *Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, e fino al 1987, perché venisse avviata la collana *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, che, sempre diretta da Francesco Galgano, si avvaleva questa volta – non meno significativamente – dell’apporto di molti ed autorevoli esponenti della dottrina.



Chi è subentrato nella cura delle edizioni del *Manuale* successive alla Sua scomparsa ha cercato di sostanzialmente attenersi, per quanto possibile, alla cifra originariamente impressagli da Andrea Torrente.

Una siffatta opzione ha finito – inevitabilmente – con il sacrificare altre prospettive, pur degne della massima considerazione.

Se si vuole una testimonianza plastica di quanto vengo dicendo, basterà ricordare che, nel medesimo anno (1974) in cui veniva pubblicata la seconda edizione del *Manuale* curata da Piero Schlesinger, vedeva la luce, per i tipi della Laterza, il volume, curato da Nicolò Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, che dimostra come meglio non si potrebbe l'esistenza di modi decisamente alternativi per una seria e rigorosa trasmissione del sapere giusprivatistico.

Ma non tutto si può richiedere ad un *unico* manuale.

Tanto più che, negli anni, la complessità della nostra materia è andata enormemente dilatandosi a seguito innanzitutto del moltiplicarsi delle sue fonti.

Quando è entrato in vigore il nostro codice, se non esauriva la disciplina della materia, di certo dettava i principi fondamentali e la regolamentazione organica dei singoli settori in cui la stessa si articolava; con la conseguenza che un manuale ben poteva legittimamente concentrare la propria attenzione, in via pressoché esclusiva, sulle regole dettate dal codice.

Ma – lo si è reiteratamente ripetuto anche oggi – il panorama era destinato a mutare radicalmente.

Innanzitutto, l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana avocava a sé – così sottraendola al codice civile – l'enunciazione dei principi fondamentali dei rapporti interpretati (dai diritti di libertà a quelli della persona, dalla famiglia alle successioni, dalla proprietà all'impresa, dal rapporto di lavoro alle formazioni sociali, ecc.): principi fondamentali – è noto – ben diversi, quando addirittura non antitetici, rispetto a quelli consacrati nel codice civile.

Poi il dilagare, disordinato e turbolento, di tutta una variegata legislazione di settore finiva, in pratica, con il sottrarre al codice la disciplina di molte delle materie di più palpitante e conflittuale attualità nella vita economica e sociale del Paese (dai rapporti di lavoro a quelli di consumo, dalle locazioni urbane ai patti agrari, dalla *privacy* alla parità di genere, dal divorzio alle unioni civili, dall'interruzione volontaria della gravidanza alla procreazione medicalmente assistita, dal credito alla finanza, ecc.): legislazione di settore che – questo è il punto – si poneva e si pone spesso in una dichiarata prospettiva di contrapposizione o, comunque, di superamento dell'impostazione codicistica.

Infine l'inarrestabile espandersi di una normativa – disorganica, incompleta ed in costante evoluzione – di derivazione extrastatuale ha finito con il permeare di sé gran parte della materia privatistica, con principi, tecniche normative e linguaggio non esattamente in linea con quelli che ci aveva tramandato la tradizione codicistica: penso, in particolare, a quello che viene ormai comunemente definito come il “*diritto privato europeo*”.

A ciò si aggiunga che il moltiplicarsi delle fonti ha “caricato” la nostra giurisprudenza ordinaria di compiti prima sconosciuti o non conosciuti nelle attuali dimensioni: da

quello di coordinare le previsioni codicistiche con regole e principi di ispirazione diversa, costringendo ad operazioni ermeneutiche ormai tanto consuete da aver assunto una denominazione corrente (“*interpretazione costituzionalmente orientata*”, “*interpretazione conforme*”, ecc.) a quello di effettuare un controllo sulla stessa legittimità degli atti del legislatore ordinario (attraverso il rinvio degli stessi alla Consulta, ove si nutrano dubbi in ordine alla loro compatibilità con le previsioni costituzionali; ovvero attraverso il più drastico meccanismo della “disapplicazione”, ove sussista un contrasto con la normativa europea); da quello di intessere quello che viene ormai comunemente – ed efficacemente – definito come il “*dialogo*” fra le corti (con la giurisprudenza, cioè, costituzionale e con quella della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia dell’Unione europea) a quello di dare contenuto pratico, tramite un delicato bilanciamento fra i contrapposti interessi in gioco, alle c.d. “clausole generali” – che, pur presenti fin dall’origine nel nostro codice, per alcuni lustri erano state guardate con diffidenza, se non con sospetto, tanto da rimanere sostanzialmente inapplicate – così come ai “principi” e “valori” che permeano il nostro ordinamento costituzionale (nessuno dei quali, per di più, “assoluto”, ma che richiedono un necessario temperamento con altri e diversi “principi” e “valori”, pur essi dotati di rilevanza costituzionale).

Né si può tacere del progressivo emergere di non poche aree del diritto privato che fino agli anni ‘60 del secolo scorso avevano giocato un ruolo secondario, quando non addirittura marginale: penso, in particolare, all’area dei diritti della persona e, più in generale, dei diritti non patrimoniali, all’area delle formazioni sociali e di quella che viene oggi (anche normativamente) definita come il “terzo settore”, ecc. Per tacere della rilevanza prepotentemente espansiva assunta dal sistema della responsabilità civile.

Tutto ciò contribuisce a spiegare il continuo, progressivo, inesorabile dilatarsi delle dimensioni dei manuali di diritto privato (che si è talora cercato artificiosamente di arginare, espungendo o almeno comprimendo sostanzialmente le pagine dedicate al diritto dell’impresa e delle società, così come quelle relative alla crisi d’impresa).

Un *Manuale* come quello impostato da Andrea Torrente – che ha, da sempre, mirato a fornire un quadro sufficientemente esaustivo del diritto privato, inteso quale *ius quo utimur*, come si diceva un tempo, ovvero quale “diritto vivente”, come si usa dire oggi; quale risulta cioè, oltre che dagli interventi del legislatore, dalle applicazioni che ne fanno le Corti – non poteva che puntare ad una esposizione, seppur sintetica, dell’intera materia privatistica quale emersa dall’unificazione dei codici civile e di commercio, bilanciata però da semplicità, chiarezza ed efficacia dell’eloquio.

Il che ha fin qui consentito al *Manuale* – come sembra dimostrare il suo perdurante successo commerciale – di aspirare non solo ad accompagnare lo studente nei suoi studi universitari (ove peraltro in molte sedi il corso di *Istituzioni* risulta ormai “biennalizzato”), ma di seguirlo anche dopo, quando, da laureato, si accinge a preparare concorsi ed esami, se non addirittura quando, nella sua successiva attività professionale, necessita di una prima sintetica, ma chiara ed aggiornata informazione.



### I manuali nella scuola patavina\*

Matilde Girolami



Aggiungo a questa discussione il punto di vista della Scuola patavina, che vanta – ed è un vanto di cui mi fregio senza averne merito – una tradizione indiscutibile in riferimento alla manualistica e più in generale all’insegnamento del diritto civile.

Doveroso è partire dall’Aureo libretto, come veniva chiamato il *Manuale di istituzioni di diritto civile* dal suo autore, Alberto Trabucchi.

Il nome Trabucchi è in effetti associato alla storia del Manuale, il più noto per lungo tempo e sicuramente uno dei testi che ha segnato la didattica italiana del settore.

Il titolo riprende la dizione classica della Scuola dell’Esegesi che, nello studio della materia, poneva attenzione precipua se non esclusiva al *Code Civil*, al punto che Oltralpe gli insegnamenti erano denominati *Cours de Code Civil*. È celebre la frase – forse mai pronunciata (!) – di Jean Joseph Bugnet, un professore universitario, che disse “*Je ne connais pas le droit civil, j’enseigne le Code Napoléon*” (Io non conosco il diritto civile, io insegno il Codice Napoleone), che in definitiva è l’adesione alla più ampia idea di Montesquieu secondo la quale il giudice non è altro che la “*bouche de la loi*” (la bocca della legge). Va da sé che una simile ottica si adattasse bene al contesto del diritto privato italiano appena confluito nel codice di nuovo conio, che proprio dell’unificazione del diritto civile e commerciale aveva fatto uno dei suoi punti di originalità.

Nel ’43 il diritto dei privati aveva acquisito finalmente un testo di riferimento compiuto, elaborato da una classe di giuristi qualificata che aveva saputo ispirarsi ai modelli stranieri – francese e tedesco su tutti – e progressivamente da essi emanciparsi per adottare soluzioni nuove, figlie di una prospettiva ormai tutta italiana. Il codice era anche l’unico testo di studio, non essendoci stato ancora il tempo per un approfondimento ermeneutico, e il Manuale non poteva che plasmarsi su di esso portandone il nome. L’intera materia era ivi considerata nel suo complesso e trattata con lo specifico obiettivo della preparazione all’esame universitario. Anche il diritto commerciale e il diritto del lavoro, che oggi sembrano essersi emancipati dal diritto civile propriamente inteso, per confluire nella categoria più ampia del diritto privato, erano trattati in capitoli del Manuale che non presentavano autonomia concettuale maggiore rispetto agli altri.

---

\* Ringrazio gli organizzatori del Convegno per l’invito e in particolare Carmelita Camardi, che è sempre fonte vulcanica di iniziative di incontro e riflessione su argomenti centrali del diritto.

Significativo è che le *Istituzioni di diritto civile* siano nate dagli appunti di chi assisteva alle lezioni, lezioni che al tempo Trabucchi teneva nella sede veneziana di Ca' Foscari.

Gli appunti erano stati raccolti con «passione e competenza» dal «valoroso dott. Genovese», che aveva sostituito «il caro indimenticabile Ferroni» alla cui memoria è dedicato il lavoro tutto. Ferroni era morto in guerra. Era l'epoca in cui c'erano pochi studenti perché molti giovani erano impegnati al fronte e l'Autore si preoccupava di fornire loro uno strumento per colmare il vuoto che la mancata possibilità di assistere alle lezioni aveva creato nella loro formazione. «Anche la parola scritta, quando rispecchi fedelmente la trama su cui si è svolto l'insegnamento, può avere la sua efficacia», affermava Trabucchi, ammettendo apertamente di aver «desiderato conservare anche nello scritto il tono della lezione» e di averlo fatto perché a suo parere questo imprimeva al testo «maggiore efficacia didattica» (dalla prefazione alla prima edizione, Venezia, Pasqua 1943).

Così è nato quel capolavoro di efficacia didattica che tutti identifichiamo nel Manuale di istituzioni di diritto civile, che a regime, già nella successiva edizione superata l'emergenza bellica, si presentava come «uno strumento utile allo studente per seguire con maggior profitto il corso delle lezioni» (dalla prefazione alla seconda edizione, Illasi 26 aprile 1945).

In un momento come quello odierno in cui pure gli studenti risentono di una difficoltà nella frequenza dovuta a molti fattori, storici e ambientali, non ultimo il fascino della tecnologia che illude di poter sostituire anche nelle relazioni sociali il contatto umano, è particolarmente significativo ragionare di un testo che nasce per compensare la mancanza delle lezioni frontali in presenza. Un testo che è dichiaratamente rivolto «soltanto agli studenti, alle matricole, allo scopo di apprestare loro i primi elementi di una visione giuridica della vita sociale e sopra tutto del mondo degli affari».

Nelle poche righe della premessa alla prima edizione, l'Autore tiene a specificare che «un corso universitario deve avere carattere scientifico e formativo», ma che un corso istituzionale ha delle esigenze sue proprie perché deve introdurre il lettore in sentieri ancora inesplorati e deve guidarlo nell'apprendimento. Deve pertanto informare – «in primo luogo ho dovuto curare la informazione del lettore», diceva Trabucchi – senza indulgere, tuttavia, ad opinioni troppo personali dell'autore «o di una audace scuola di avanguardia».

In definitiva, un testo che raccoglie ciò che gli studenti hanno percepito delle lezioni del professore e che a loro è rivolto, con l'obiettivo di essere compreso e trasmesso alle generazioni successive. L'intuizione di Alberto Trabucchi è stata quella di parlare *ex cathedra*, nella prospettiva però di chi riceve il messaggio e non di chi lo trasmette, come era invece sempre stato sino ad allora.

Così come concepito dal suo Autore, il volume riusciva davvero a fornire le chiavi per cogliere e comprendere il sistema sotteso al Codice civile. Senza rinunciare a mostrare quanto il diritto possa essere complesso, confortava il lettore mettendolo di fronte a dimensioni di apprendimento alla sua portata. Questo è il pregio che ne ha segnato la differenza per molti anni rispetto agli altri manuali in commercio. Il lettore, *rectius* lo studente – e qui porto la mia esperienza personale, ancora nitida dopo diverso tempo – era messo di fronte ad un orizzonte nuovo fatto di termini tecnici, prosa asciutta, spie-

gazioni scientifiche, atti a far comprendere come il diritto sia logica e interpretazione. La prima lettura trasmetteva diffidenza – va detto – faceva sentire profani, ma forniva al contempo la certezza di poter decrittare quelle formule. E così già nella seconda lettura i collegamenti apparivano evidenti, per poi divenire immediati e memorizzabili nella revisione finale. Un crescendo nel quale non mancava mai una guida. Un esempio di equilibrio tra ciò che il diritto è nella sua profondità e la necessità di doverlo conoscere per gradi, partendo dalle fondamenta, per costruire lentamente l'edificio e poi, solo alla fine, decorarlo di fregi.

Il volume è ormai giunto alla 50ª edizione e dalle 792 pagine iniziali è passato a oltre 1700 e a una mutata struttura, che separa ora il diritto civile e il diritto commerciale e porta alla fine del volume delle sintesi didattiche, ad esito di un lavoro di revisione e aggiornamento curato da Giuseppe Trabucchi.

È innegabile che in 80 anni di vigenza il diritto si sia evoluto e che le regole nude del codice si siano arricchite di spunti ermeneutici di matrice dottrinale e giurisprudenziale, dei quali in qualche modo deve essere dato conto anche in un manuale istituzionale.

Inoltre, per quanto il codice abbia saputo conservare nel tempo, nonostante le incertezze ricorrenti degli interpreti, il ruolo di legge di riferimento della materia, è indubbio che sia ora circondato da una serie di discipline speciali, anche organizzate in testi unici o codici di settore, delle quali pure non si può non informare il lettore.

Ancora. Alcune parti del diritto privato sembrano aver raggiunto un tale livello di specialità che volerle mantenere a tutti i costi entro le maglie del diritto tradizionale può sembrare ormai una forzatura. Ma nemmeno bisogna inneggiare alla disgregazione ad ogni costo. «*Nova et vetera*».

Infine, il moltiplicarsi delle fonti del diritto privato con l'innesto sempre più marcato del diritto europeo ha reso via via più complicato difendere la nitidezza del sistema delineato dal legislatore del '42 e ancora più improbo il compito di saperla trasmettere alle generazioni future.

Nonostante le difficoltà crescenti, tuttavia, l'abilità del manualista resta e deve rimanere quella di filtrare per dosare. Sono le proporzioni che garantiscono la riuscita della formula, non basta che gli ingredienti siano quelli giusti.

In fondo già Alberto Trabucchi aveva avuto la cura di sottolineare l'avvento di tutti i fenomeni descritti e di adeguare progressivamente il testo alle nuove esigenze del lettore: «*tempora mutantur et nos mutamur in illis!*», si legge in una delle premesse alle successive edizioni (riportata a p. XIV della cinquantesima edizione). Nello stesso luogo si specificava però che come il buon costruttore l'Autore del libro era stato «continuamente attento alle sostituzioni del materiale necessario alla fermezza del lavoro», perseguendo «una continuità e non una fissità»: e dunque le frasi in latino conservate non per nostalgia della storia, ma «per la loro chiarezza cristallina», accanto ai termini anglosassoni di cui si arricchisce la pratica (*idem*, p. XIX); i richiami ai principi usati «per spiegare il senso di norme concrete, e non come astratte fonti di garanzie e di regole non espresse» (*idem*, p. XVI).

Non manca il richiamo alla difficoltà di mantenere una trattazione sistematica di fronte al succedersi di leggi di riforma: «in questo che è il nostro primo compito, di far conoscere le leggi, non ne faremo una specie di catalogo; cercheremo invece di ridurre al sistema anche le cose nuove» (*idem*, p. XV). Immutata è sempre rimasta «la cura di formare nel lettore quella *mens iuridica* atta al superamento anche di ogni apparente contraddizione del sistema». Così, se «negli esempi il lettore troverà il cavallo Bajo che ci viene dalla tradizione antica, i principi indicati sono affidati alla sua intelligenza per applicarli ai negozi che oggi possono avere come oggetto, anziché un nobile cavallo, una Ferrari testa rossa».

Il manuale, diceva Trabucchi, «non va preso come un prontuario di soluzioni; e non dovrà costituire per il lettore motivo di delusione, e tanto meno argomento di scetticismo, trovare che a qualche problema non viene offerta una risposta di sicura univoca soluzione. Se pure il più ampio sviluppo è dato all'informazione di chi leggerà, è sopra tutto alla sua formazione che è sempre diretto lo sforzo – forse ancora non sufficientemente portato avanti – di chi ha scritto. Lo spirito critico si forma lasciando spazio all'ingegno del lettore!» (*idem*, p. XIX), perché, «per dirla con Montaigne, *il vaut mieux une tête bien formée que une tête pleine*».

In quest'ottica, anche alla grafica è stato riconosciuto un peso: «ho anche pensato che fosse meglio presentare direttamente e preliminarmente, con espressioni tipografiche che spero efficaci, alcuni principi di maggior rilievo, segnando con carattere più marcato le regole principali, scrivendo in corsivo alcuni termini tecnici, e restringendo invece in caratteri più minuti molti periodi che o servono di collegamento, o fanno presenti alcune significative applicazioni concrete» (*idem*, p. XIX).

In definitiva «il punto di partenza dei problemi che occorre risolvere per rimuovere gli ostacoli dal cammino è sempre quello: è il punto di vista istituzionale, che dà la sintesi di tutto e spiana il passo anche più arduo...» (*idem*, p. XX).

Questi messaggi, che si sono sommati nel corso dell'evoluzione del sistema delineato dal codice, suonano oggi come monito al manualista, se si considera che ormai la media dei manuali di diritto privato si aggira sulle 1500 pagine.

Prima di addentrarmi, però, in queste valutazioni, voglio ricordare che la manualistica nella Scuola patavina, conosce storicamente anche un altro importante punto di vista espresso nei *Lineamenti di diritto privato* di Zatti e Colussi.

Ancora una volta un'opera dichiaratamente diretta al lettore «sprovvisto della benché minima conoscenza del diritto» e finalizzata ad «avviarlo gradualmente a ragionare di diritto privato» (dalla premessa alla prima edizione, Padova 1987).

Nel volume emerge come fulcro dell'insegnamento della materia l'attenzione al linguaggio, che deve essere semplice, senza temere di apparire talvolta didascalico o scolastico, eppure idoneo a «formare gradualmente la competenza linguistica dello studente» (*ibidem*). L'ermeneutica del linguaggio segna il percorso didattico del libro, perché in fondo il diritto è linguaggio, e un linguaggio che ha proprie peculiari strutture.

Il manuale di Zatti e Colussi si definisce un «"libro dei perché" del diritto privato, una guida a capirne i meccanismi fondamentali», nel quale il rapporto tra spiegazioni e

informazioni indulge alle prime nel senso che «a parità di estensione con altri manuali, il libro offre senz'altro minore quantità di informazioni ma forse più distesa e ripetuta spiegazione». Il procedimento di formazione dei concetti tende anche in questo caso ad essere «induttivo», aiutato dalla «presenza di esercizi per l'autocontrollo della preparazione, di facili casi, di materiali» (*ibidem*).

Questo testo arriva a più di quarant'anni di distanza dalle Istituzioni di diritto civile. È diretto allo stesso pubblico. Ha lo stesso obiettivo. Eppure, l'evoluzione che il diritto ha subito nel frattempo ha fatto sì che il testo faccia trasparire nuove attenzioni.

Non diverso dal Trabucchi sulla carta, eppure con peculiarità affatto distinte in concreto.

Peculiarità quelle dello Zatti-Colussi che divengono sempre più marcate nelle successive gemmazioni del volume, *Linguaggio e Regole*, curato da Iudica e Zatti e *Diritto privato – Corso istituzionale*, scritto da Zatti con Arianna Fusaro. Testi più recenti, e più brevi. Per evitare «le crescenti difficoltà delle matricole a visitare con agio e con profitto la “cattedrale” del Manuale», gli Autori hanno «voluto o potuto rinunciare alla cifra magica delle 1000 pagine all'incirca», ritenendo questa una misura «sempre più difficile da imporre, come carico didattico, nell'assetto attuale, e forse impossibile da riproporre nelle imminenti prospettive di riforma» (dalla premessa alla prima edizione del volume Iudica-Zatti, Padova 2000).

Il mantenimento di dimensioni fruibili non viene raggiunto attraverso una selezione degli argomenti trattati: l'obiettivo rimane «la formazione di idee-guida più che l'accumulo di informazioni». Immutata l'attenzione al linguaggio, comprensivo del latino dei giuristi, ma anche a quella rete di conoscenze storiche, economiche, politiche e linguistiche necessarie per capire e ricordare le regole del diritto. E una rinnovata attenzione a «rendere la pagina non noiosa», attraverso l'uso di accorgimenti grafici, la formulazione di esempi e l'inserimento di brani «nei quali la fatica del lettore è alleggerita da qualche momento di distacco» (*ibidem*).

Mediamente, si diceva, oggi i manuali constano di 1500 pagine: poche per il *post lauream*, ormai avvezzo alle ricerche dettagliate nelle banche dati, e decisamente troppe per le matricole, anche quelle iscritte ai corsi tradizionali di giurisprudenza.

Se i manuali di diritto privato vogliono avere più tipologie di lettori – dalle matricole che preparano l'esame di diritto privato nei diversi corsi di laurea in cui è previsto, agli studenti del terzo o quarto anno di giurisprudenza che preparano diritto civile, ai laureati che si preparano ai concorsi, fino ai professionisti «che tengono il libro sullo scaffale per richiamare qualche ricordo impallidito» (dalla premessa alla prima edizione del manuale Zatti-Colussi, 1987), l'autore si assume molti obblighi. «Deve offrire le informazioni utili al più esperto dei suoi lettori, ma spiegare al principiante i concetti elementari; deve rivolgersi a un allievo digiuno di diritto mantenendo tono e stile del discorso più propri al trattato» (*ibidem*).

Così accade che tra i numerosi manuali attualmente in commercio si trovino testi che, in nome dell'ambizione di soddisfare ogni esigenza di ricerca, finiscono per deluderle tutte.

Non ha senso che il docente che adotta un manuale debba scremare quanto vi è scritto, anche perché la scelta si ridurrebbe a quella di saltare a piè pari una parte della materia. È l'autore del manuale che dovrebbe già scegliere che cosa mostrare al lettore dalla propria prospettiva, dosando informazioni e sistema. Le informazioni istituzionali potranno poi essere completate gradualmente nel progredire del percorso di studi e dopo il diploma. In fondo chiunque di noi continua a leggere ed imparare: è illusorio pensare che il manuale possa fornire già tutte le risposte. Era e deve rimanere un punto di partenza.

Non è opera semplice, sia chiaro, quella di filtrare: l'arte di scrivere un manuale in fondo è paragonabile a quella di scrivere le leggi. Sono arti rare che sottendono tecniche raffinate. Il tempo ha comunque conosciuto entrambe.

Il codice vige da 80 anni e le riforme degli ultimi tempi sono a dir poco effimere perché si è persa la capacità di concentrare la norma nella ideale formula generale ed astratta, abbandonandosi invece a lunghe elencazioni, comunque mai esaustive, destinate ad essere soppiantate nel volgere di breve termine.

Così nei manuali. La formula ideale in questi testi sembra risiedere nel connubio tra sintesi e sistema, ma la ricerca della giusta proporzione tra i due elementi non è semplice e a volte difetta l'equilibrio di un tempo. I manuali storici della materia, coevi al codice o di poco successivi, resistono ancora, sia pure in forme profondamente mutate, mentre quelli nuovi, forse anche solo perché troppo numerosi, finiscono per avere una diffusione locale, circoscritta al luogo operativo del loro autore.

Una ventina di anni fa, l'esperienza delle lauree triennali aveva indotto a riassumere la mole di informazioni contenuta nei manuali tradizionali per ridurre il numero di pagine e adattarle ad un insegnamento semestrale. Non manca nella scuola patavina un manuale breve di *Lezioni di diritto privato* a firma autorevole, Checchini e Amadio, che nasce con il diretto obiettivo di curare la formazione dei corsi di laurea triennali e che comunque, per sistematicità, lascia trasparire come i suoi autori si siano formati a loro volta sul Trabucchi.

I programmi ministeriali sono tornati poi sui propri passi e si è ripristinata la laurea a ciclo unico. Sia chiaro, non credo che la forma quinquennale sia l'unica sostenibile, anzi, per metterci al passo con gli altri Paesi europei, il percorso triennale e magistrale sembra quasi migliore.

Il punto è che oggi il diritto privato appare materia comunque troppo ampia per essere concentrata in un unico insegnamento: ostinarsi a volerne ridurre la complessità per illudere lo studente di poterla dominare in poco tempo suona semplicistico.

Si tratta invece di delineare un nuovo *iter* di apprendimento graduale, che poi non è altro che l'adattamento ai tempi dell'impostazione dei manuali tradizionali, che pure, come si è detto, ritengono l'approccio graduale come l'unico valido per lo studio del codice civile. Ad esempio, che senso ha parlare di tutela dei diritti se non si sa quali siano i diritti? Perché non collocare allora lo studio del libro sesto del codice in una seconda fase dell'apprendimento? Allo stesso modo, che senso ha studiare i contratti nominati quando non si conosce la disciplina generale del contratto? E quest'ultima quando è ancora



ignota la parte generale sulle obbligazioni? Scandire nel tempo l'apprendimento non solo è possibile, ma è quasi doveroso.

Allora delle due l'una: o si limita la quantità di informazioni per le matricole, ma questo richiede di trovare un nuovo punto di equilibrio tra sintesi e sistema, che non può ridursi ad un insegnamento per principi perché i principi si deducono dalle regole a meno di non voler trasformare il diritto in un magma indistinto; o si rinuncia ad un insegnamento unitario e si suddivide la materia in più parti, come si fa già in altri Paesi affini per tradizione culturale, come la Francia e la Spagna ad esempio.

I manuali di oggi finiscono per essere inadatti all'uno e all'altro percorso. Appaiono ipertrofici o semplicistici per uno studio unitario e, paradossalmente, troppo sintetici per uno studio mirato di settore.

L'*impasse* di fondo sta nel fatto che ora tutto viene quantificato, tot pagine di studio per tot crediti formativi. Un po' azzardato, certo, assolutizzare il valore didattico della pagina, visto che ogni pagina ha la propria individualità, ma forse è arrivato in generale il momento in cui i manuali non possono più essere semplicemente aggiornati e devono essere riscritti.

Un riadattamento della manualistica è suggerito anche da diversi fattori sociali, a partire dalla differente impostazione che gli studi delle Scuole superiori seguono oggi rispetto a un tempo, a cui si aggiungono i nuovi canoni linguistici che la tecnologia ha reso ormai di dominio comune, e la affermazione della lingua inglese come veicolo per la diffusione del sapere. Tutto questo richiede di individuare nuovi metodi per avvicinare lo studente al diritto civile.

L'obiettivo a cui tendere rimane la formulazione di testi di immediata lettura, eppure tecnici, con la consapevolezza che la riduzione delle dimensioni dei manuali non potrà andare a detrimento del rigore dei suoi contenuti, a meno di non dare un falso messaggio al lettore.

Andrà valutata, semmai, l'opportunità di mantenere all'interno dei manuali civilistici la trattazione del diritto commerciale e del diritto del lavoro, oltre gli stretti profili definitivi necessari alla comprensione degli istituti di base. La nozione di imprenditore, ad esempio, serve senz'altro per decifrare alcune regole della proposta contrattuale, come pure per comprendere la disciplina dell'impresa familiare o del patto di famiglia, ma non è indispensabile per questo conoscere anche il funzionamento degli specifici tipi societari.

Un'attenzione particolare dovrebbe essere riservata invece al diritto privato europeo che sta "contaminando" i codici nazionali in modo sempre più significativo e per questo andrebbe considerato sin dal primo approccio con la materia. Sarebbe sufficiente, comunque, un confronto nella disciplina dei singoli istituti.

Sembra giunto infine il momento di rinunciare alla figura del "manuale fungibile", per adattare apertamente le informazioni ai diversi Corsi di studio nei quali il diritto privato si insegna, selezionando solo quelle utili alla formazione specifica a cui lo studente ambisce. Non si contano ormai i corsi di laurea triennali e magistrali nei quali il diritto privato è materia caratterizzante, ma è ovvio che ognuno di essi richiederà un apprendi-

mento mirato, che non può essere quello del Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza.

Rimane il fatto che non esiste un format ideale, una formula compiuta: il tutto è rimesso, in definitiva, all'abilità di chi si cimenta con il difficile compito di scrivere un manuale.

Può essere utile non dimenticare in ogni caso che la definizione di "manuale", nei dizionari, si riferisce a: «libro che riporta, con criteri informativi e didattici, le nozioni fondamentali relative a un dato argomento o a una disciplina determinata» (Devoto-Oli).

Nella stessa definizione, di seguito, si trova menzionata – ed è significativo – l'espressione "da manuale", ad indicare qualcosa di «perfetto nel suo genere». Chissà che sia di buon auspicio!



### Il diritto privato nei manuali, tra verità e illusioni



*Alberto Maria Benedetti*

1. Ragionare sul senso e sull'attualità dei manuali richiede preliminarmente un'idea chiara e condivisa di cosa sia, oggi, il diritto privato da insegnare agli studenti del primo anno dei corsi di laurea in giurisprudenza, economia e scienze politiche.

Mi pare piuttosto chiaro che un'idea condivisa su questo non c'è.

Se, progressivamente, tutte le certezze su cui la nostra materia ha costruito la sua identità sembrano venute meno (soprattutto in relazione al mutamento del catalogo delle fonti, a nuovi approcci interpretativi, al ruolo della giurisprudenza), il dilemma che viviamo – e questo bel Seminario può essere l'inizio di una riflessione in tal senso – è: facciamo finta di niente e continuiamo a insegnare come a noi fu insegnato oppure cambiamo decisamente rotta? E se dobbiamo cambiare rotta qual è la strada da prendere?

2. Tutti affermano che il diritto privato ha mutato pelle nel corso di questi ultimi decenni. E i manuali? Salva qualche rarissima eccezione, non ho visto corrispondenti cambiamenti nell'articolazione e nei contenuti di quelli più in voga; salvi gli aggiornamenti indispensabili, l'idea che ispira i manuali mi pare costante, identica, immutata. Dovendo semplificare senza apparire, spero, irrispettoso, vorrei così esprimerla: il diritto privato è quello disegnato dal Codice civile e dalle leggi complementari e dalle sue articolazioni e classificazioni.

Le regole sono chiare, logicamente concatenate, dunque insegnabili e imparabili con ragionamento e memoria; la linea seguita da Enzo Roppo nel suo manuale è questa, espressa con uno stile chiarissimo, analitico, arricchito dall'uso frequente di esempi che consentono allo studente di percepire l'immanenza del diritto privato nei problemi della vita quotidiana e con un sapiente uso dei richiami interni da cui emerge, per così dire, il quadro generale del sistema.

Una linea di successo, stando almeno al dato editoriale: il manuale di Roppo viene ristampato e aggiornato quasi ogni anno ed è diffuso anche fuori dall'Ateneo in cui ha insegnato l'autore.

Volendo elencare le novità (dei e nei manuali), ne vedo emergere almeno tre.

i. La Costituzione, per esempio, e il suo impatto sul diritto privato che nemmeno i più tradizionalisti potrebbero spingersi, oggi, a negare; sui manuali ve n'è decisamente traccia.

ii. La giurisprudenza: sono aumentati i richiami, anche se, a mio avviso, sporadici, non accompagnati da una corrispondente convinzione, solo quando proprio si deve e solo in alcuni settori (famiglia, responsabilità), meno o pochissimo in altri (in cui, pure, la giurisprudenza da tempo svolge un ruolo di protagonista (per esempio nel contratto)).

iii. L'Europa, nei manuali, c'è, ma non so quanto lo studente ne percepisca davvero l'importanza sul diritto privato nazionale (quasi sempre si valorizza la disposizione recettiva, non la fonte europea; mai o quasi mai si richiama la Corte di Giustizia e le sue decisioni, che pure sono divenute protagoniste del nostro dibattito scientifico e delle regole vigenti in determinati settori).

Le istituzioni del diritto privato, nel modo di essere insegnate e raccolte nei manuali, sembrano attraversare sostanzialmente indenni mutamenti, rivoluzioni di ogni genere, crisi e generazioni di professori e di studenti; nell'era dell'intelligenza artificiale (IA, o AI), il modo di presentare a un principiante il diritto privato è quasi identico al passato (salva la semestralizzazione, i crediti etc., ma sono elementi dell'organizzazione universitaria, più che della materia).

Si deve semmai registrare un dato numerico importante, sul piano del mercato editoriale: che in luogo di 3/5 manuali, oggi i manuali si contano in decine e, complici editori che vedono nel numero di studenti un conforto in relazione al calo delle vendite, prima o poi ognuno di noi, pressato, ha la tentazione di scrivere il proprio manuale per i propri studenti col proprio diritto. Già, col proprio diritto.

**3. Il diritto civile, che i manuali dovrebbero rappresentare, qual è esattamente? È sufficientemente chiaro, agli autori dei manuali, il fenomeno da descrivere?**

Non appartengo alla cerchia dei sociologisti o di coloro secondo cui la distruzione delle certezze (il vecchio mondo) avrebbe fatto finalmente emergere una "verità": quella per cui il diritto, estremizzato consapevolmente, è quello che sta nella testa dell'interprete (implicitamente identificato sempre nel binomio giudici/professori) e nella percezione dei "valori" che egli intuisce o percepisce nel contesto sociale, economico e così via. Chissà poi come fa a percepirla, sulla base di quale cognizione tecnica o, ma questo nessuno mai se lo chiede, sulla base di quale legittimazione democratica, ma tant'è, mitragliato il legislatore, dalle sue ceneri è sorto un giudice supereroe che plasma il diritto con le sue decisioni (stimolato da un interprete che spesso scambia la sua vivace fantasia per verità scientifica o, peggio, per realtà fenomenica).

Ho estremizzato in modo un po' caricaturale, forse: ma se anche esistesse questo diritto di interpreti-ottimati, come lo si potrebbe, o lo si può per chi crede che sia già la realtà, spiegare agli studenti e agli operatori?

Spiegare – parlando o scrivendo poco importa – comporta un ordine; la scienza, se è davvero tale, deve assolvere a un compito classificatorio, per dominare anche i fenomeni più caotici o disordinati.

Tra i contestatori del vecchio ordine – che si dicono certi di un essere-del-diritto del tutto diverso dal passato – non mi pare ne emerga uno nuovo, né mi pare si possa registrare una sufficiente condivisione su una nuova idea di diritto privato, tale da potersi riflettere sul suo insegnamento.

Demolire è facile; (ri)costruire è più complicato.

Rimane allora da raccontare, nei manuali, il vecchio ordine attualizzato, modernizzato, ancora in grado di spiegare la complessità attraverso un ruolo rinnovato dei principi e delle clausole generali (che si meriterebbero nei manuali una maggiore valorizzazione) e con categorie, declinate in salsa moderna, attraverso l'azione rigeneratrice della giurisprudenza, di nuove creazioni per l'operare delle fonti sovranazionali, di nuovi metodi non più ancorati ai formalismi superati del passato (ma il posto del formalismo non può essere preso da un relativismo soggettivistico, su cui non si può costruire nulla che assomigli al diritto).

4. Non si tratta di comporre manuali che diffondano illusioni in luogo di verità.

I manuali, per il diritto, sono come i palazzi per le istituzioni; la loro magnificenza – in Italia ne abbiamo ottimi esempi; ma penso anche in tutte le realtà in cui il potere e il diritto hanno radici sacre, magiche – serve a legittimare, rafforzare, sostenere.

I manuali sono un po' come colonne di marmo bianco che accolgono lo studente appena entrato nel mondo del diritto; allo stesso modo dell'architettura giudiziaria e istituzionale servono a infondere fiducia e autorevolezza offrendo una speranza di ordine, attraverso ragionamenti, argomenti su cui lo studente possa costituirsi una base granitica, destinata a comporre un ambiente ideale per la formazione, nel corso della sua carriera, di un senso critico consapevole.

Il manuale migliore è quello che forma operatori del diritto (o dell'economia) consapevoli non già della sovranità dell'interprete (che nego non in ragione di un pregiudizio, ma perché incompatibile con l'attuale sistema costituzionale), quanto dell'esistenza di un quadro ordinato di regole, non arbitrarie, dove c'è ancora spazio per distinguere il giusto dallo sbagliato, dove trovare l'errore è ancora possibile.

Magari è vero che la realtà appare lontana da questo modello; ma è anche vero, in fondo, che il diritto poggia – la storia lo insegna – su un grande ma utilissimo abbaglio: quello secondo cui esistono regole oggettive e predeterminate per la soluzione dei conflitti affidate a una giustizia dello Stato, nelle sue varie articolazioni.

Un abbaglio da proteggere più che da abbattere; da incoraggiare, più che da scoraggiare. E cerco di dirvi perché.

Qual è la missione dell'Università?

Non credo di uscire troppo dal seminato (del Seminario) se, concludendo, mi soffermo su questo aspetto.

Noi formiamo avvocati, giudici, funzionari, operatori delle imprese; non formiamo scienziati del diritto (per questo dovrebbero servire i corsi di dottorato, anche se, a causa dell'eccessivo numero di borse, non possono certo essere selettivi com'erano un tempo), né filosofi, né letterati.

Chi opera col diritto, in qualunque contesto, concorre, nel pubblico e nel privato, all'attuazione della Costituzione; sia che abbia a che fare con l'apparato della giustizia o della pubblica amministrazione, sia che operi nel mondo delle imprese (che partecipo all' riforma dell'art. 41, secondo comma, Cost. – alla protezione dei beni e dei diritti di rango costituzionale; e questo rafforza l'importanza degli studi giuridici nei corsi di laurea economici).

La funzione dei professori di diritto, in qualunque contesto si trovino a operare, è dunque peculiare e delicata, perché l'idea di diritto che trasmettono agli studenti sui banchi dell'Università sarà quella che si porteranno dietro nel corso della loro vita professionale.

Nel Manuale lo studente deve trovare, nel delicato momento in cui si avvicina molto spesso per la prima volta al diritto privato, uno strumento per capire com'è oggi il diritto, ma, soprattutto, per riuscire a coglierne, con fiducia, i principi e le regole; con un linguaggio chiaro e comprensibile, senza banalizzare (ma c'è ancora qualcuno per cui scrivere difficile è segnale di inarrivabile maestria!) e facendo capire la complessità – il dato saliente del diritto postmoderno – senza farsi dominare da essa.

Come ho già detto, se dovessi individuare un punto critico degli attuali manuali, ma forse non di tutti, è proprio quello di trasmettere un diritto privato fatto prevalentemente di regole e poco di principi, quando sono proprio i principi a garantire l'esistenza di un tessuto comune e generale, che resiste all'assedio del particolare la cui tela, talvolta, ci appare non governabile.

Ho dunque ancora fiducia nei manuali; forse proprio perché «vendono» ancora un po' di quelle illusioni da cui il diritto, nella sua effettività, trae la sua linfa vitale.



### Il problema delle Istituzioni di diritto privato al tempo del “particolarismo manualistico”



Armando Plaia

Questa iniziativa, per la quale occorre ringraziare Carmelita Camardi, si svolge a distanza di quaranta anni dal convegno romano su *L'insegnamento del diritto privato* organizzato da Natalino Irti, con contributi di autorevolissimi civilisti, molti dei quali autori dei più noti manuali dell'epoca<sup>1</sup>; e a circa venti anni dall'altrettanto importante convegno messinese in onore di Angelo Falzea su *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*<sup>2</sup>.

Alcune delle questioni che oggi siamo chiamati a discutere sul tema della didattica del diritto privato e, più in particolare, della manualistica istituzionale sono molto note e ciclicamente ricorrenti; rispetto a esse, nel recente passato, non sono mancati preziosi spunti e sollecitazioni, che in questa occasione potranno essere ripresi. Altre tematiche sono invece del tutto inedite, in quanto strettamente correlate alla fisionomia e alla veste editoriale delle proposte didattiche sorte nell'ultimo ventennio.

Appartengono certamente al novero delle questioni del primo tipo quelle relative al metodo e al rapporto tra diritto e realtà sociale. È infatti osservazione diffusa e largamente condivisa, tanto da poter apparire oggi banale, che un manuale di diritto privato debba favorire l'acquisizione di un metodo, agevolando una didattica che sia anche ricerca, anzi «il momento principale della ricerca»<sup>3</sup>, che consista, come ci ricorda Nicolò Lipari, nel «rendere altri partecipi dello sforzo della ricerca, dell'entusiasmo di tragitti inesplorati, della curiosità di panorami sconosciuti»<sup>4</sup>; altrettanto ricorrente è il monito, rivolto al giurista impegnato nella stesura di un manuale, a prediligere la comprensione del rapporto tra diritto e realtà sociale, possibile solo in chiave storica, e, dunque, a non trascurare il radicamento del diritto nella storia<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004.

<sup>2</sup> AA.VV., *L'insegnamento del diritto privato*, Milano, 1987.

<sup>3</sup> BARCELLONA (e CAMARDI), *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, XXI.

<sup>4</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 335. Sul metodo nell'insegnamento del diritto del lavoro, cfr. BELLAVISTA, *Insegnamento e ricerca tra libertà e autorità*, in *Law. dir.*, 2016, 1074.

<sup>5</sup> Nella sua versione più radicale, questo richiamo alla storicità del diritto si traduce addirittura nell'esortazione ad assumere un'ottica coerente con un diritto che andrebbe inteso non più

Sotto questo profilo, l'occasione di riflessione offertaci da Carmelita Camardi dovrebbe consentirci di saggiare l'attitudine ad agevolare l'acquisizione di un metodo dei testi istituzionali più diffusi e utilizzati per la formazione di base; di vagliare in che misura gli stessi mantengano un approccio storico agli istituti e concetti fondamentali<sup>6</sup> – imprescindibile quando si tratta di confrontarsi con un'esperienza giuridica, quale quella contemporanea, caratterizzata da sempre più labili e transeunti assetti legislativi<sup>7</sup> – e consentano di cogliere la norma positiva come il «frutto ultimo e complesso di scelte politiche e istanze economiche»<sup>8</sup>.

D'altro canto, una ricognizione, anche sommaria, volta a testare il rispetto di tali canoni risulta oggi molto complicata, in quanto i testi attualmente in circolazione, peraltro numerosi e molto corposi<sup>9</sup>, sono il prodotto di un processo di stesura molto diverso rispetto a quello dal quale originavano i testi istituzionali presi in considerazione nelle precedenti occasioni di riflessione sul tema.

I manuali del diritto privato sorti «nel clima incandescente della neonata codificazione»<sup>10</sup> (Trabucchi<sup>11</sup>, Torrente<sup>12</sup>) e poi negli anni '70 e '80 del secolo scorso (Re-

---

come scienza teoretica, ma come scienza pratica, in cui il principio di legalità non può essere dato per presupposto, ma soltanto come risultato. Scrive ad esempio LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 971: «l'impianto dei nostri corsi universitari è ancora fortemente influenzato dall'ideologia della codificazione e dalla convinzione che il diritto vada ricondotto ad una fonte esclusiva e unificante». In questo senso, continua l'Autore, «non vi è sostanziale differenza di struttura tra i manuali di nuovo conio e quelli di più risalente tradizione, questi ultimi essendo risultati aggiornati solo con la tecnica di progressive aggiunte o integrazioni all'interno di una struttura rimasta sostanzialmente immutata».

<sup>6</sup> Cfr. MACARIO, «Recuperare l'invisibile». Una riflessione sulla storicità del diritto civile (*Leggendo «La solitudine dello storico del diritto» di Pio Caroni*), in *Riv. dir. civ.*, 2011, 198.

<sup>7</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., 338.

<sup>8</sup> GROSSI, *Istituzioni di diritto privato e tradizione romanistica*, in *L'insegnamento del diritto privato*, cit., 21.

<sup>9</sup> La crescita del numero di pagine si registra anche nei manuali di altre discipline giuridiche, come segnalato, per il diritto del lavoro, da BALANDI, *Problemi e prospettive della didattica giuridica: l'insegnamento e il manuale di diritto del lavoro*, *Lav. dir.*, 1999, 134.

<sup>10</sup> GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive*, Milano, 2009, 213.

<sup>11</sup> TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1943.

<sup>12</sup> TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1952. Ora, TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di ANELLI, GRANELLI, XXV ed., Milano, 2021.



scigno<sup>13</sup>, Galgano<sup>14</sup>, Trimarchi<sup>15</sup>, Perlingieri<sup>16</sup>, Gazzoni<sup>17</sup>), erano infatti manuali “a una mano” o, al più, scritti da più autori appartenenti alla medesima scuola o, comunque, uniti da consuetudine di insegnamento nella stessa sede universitaria (*Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli*<sup>18</sup>, *Zatti-Colussi*<sup>19</sup>).

Alla stesura dei testi istituzionali più recenti, invece, contribuiscono sempre più spesso più autori<sup>20</sup>, in alcuni casi provenienti da scuole e esperienze culturali anche molto diverse<sup>21</sup>: si tratta di proposte didattiche che offrono pluralismo di prospettiva, mentre al curatore è affidato il complesso e faticoso compito di assicurare alcuni tratti comuni<sup>22</sup>.

Non mancano comunque proposte didattiche a una mano<sup>23</sup>, ma gli esperimenti a più voci crescono nel numero e per ragioni in parte intuibili: (1) la prima è la proliferazione delle sedi universitarie, e conseguentemente delle cattedre di istituzioni di diritto privato, che ha spinto gli editori del settore ad incentivare iniziative capaci di conquistare più agevolmente fette di mercato; (2) la seconda ragione, più volte citata in questa sede, è la rapida trasformazione dei contenuti del diritto privato, anche in ragione della perdita

---

<sup>13</sup> RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1973. A proposito di quest’ultimo, osserva NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di NIVARRA, Milano, 2008, 9, che nella rilettura degli istituti fondamentali in chiave storica, l’intreccio tra diritto e storia non si risolve in un appello generico e vacuo alla storicità dell’esperienza giuridica, ma è piuttosto disamina della genesi e delle trasformazioni di regole e concetti.

<sup>14</sup> GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1981.

<sup>15</sup> TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1973.

<sup>16</sup> PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975 e poi PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.

<sup>17</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1987.

<sup>18</sup> BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Istituzioni di diritto civile*, Genova, 1978-1980.

<sup>19</sup> ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1987, testo pensato dai due Autori per l’insegnamento del diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara. Ora, ZATTI-COLUSSI-FUSARO, *Lineamenti di diritto privato*, XIX ed., Padova, 2022.

<sup>20</sup> Ad esempio, NIVARRA, RICCIUTO, SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, XI ed., Torino, 2021; GALASSO, PALMERI, *Istituzioni del diritto privato*, III ed., Bologna, 2023; D’ANTONIO, SCIANCALEPORE, STANZIONE, *Diritto privato*, II ed., Torino, 2022.

<sup>21</sup> Si pensi, ad esempio, a BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, XXI ed., Torino, 2015; MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale del diritto privato*, IV ed., Torino, 2022; PATTI (a cura di), *Diritto privato*, Padova, 2022; PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2022; STANZIONE (a cura di), *Manuale di diritto privato*, IV ed., Torino, 2017.

<sup>22</sup> Come scrive Mario Bessone nella *Prefazione* alla prima edizione del testo collettaneo da lui stesso curato: « (...) alla molteplicità degli Autori fanno riscontro alcuni dati unificanti: l’ordine, il metodo, il sistema».

<sup>23</sup> Oltre alle edizioni più recenti dei manuali classici, esistono sul mercato anche manuali ad una mano di nuova generazione: cfr. ad esempio ROPPO, *Diritto privato*, VIII ed., Torino, 2022; DI CIOMMO, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2022; IORIO, *Corso di diritto privato*, V ed., Torino, 2022; MACARIO, *Introduzione al diritto privato*, Bologna, 2021.

di centralità del codice civile, che ha accresciuto la complessità della materia, ormai poco organica e difficilmente governabile da un solo studioso<sup>24</sup>.

Le due vicende peraltro interferiscono l'una con l'altra: i manuali di nuova generazione hanno una diffusione molto contenuta, non sono un investimento di lungo termine per l'editore e dunque la loro sostenibilità economica esige l'immissione sul mercato, in tempi molto brevi, di nuove edizioni. Naturalmente, queste ultime devono in qualche modo essere giustificate e dunque i manuali del diritto privato, edizione dopo edizione, si ritrovano ad ingurgitare riferimenti alle riforme più disparate, con la complicità di un legislatore culturalmente sempre più sprovveduto e tecnicamente poco raffinato e di una giurisprudenza che ha acquisito un ruolo straripante.

È sufficiente sfogliare le prefazioni che accompagnano le nuove edizioni dei testi istituzionali attualmente in commercio per rendersi conto di quanto le ragioni che giustificano una nuova edizione siano spesso molto deboli e talora anche poco credibili: soltanto per fare qualche esempio, nell'introduzione alla più recente edizione di un noto manuale, si legge che la revisione dell'impianto originario si è resa necessaria anche per l'introduzione dell'entrata in vigore del nuovo limite all'uso del contante (d.l. 162/2021) o di alcune modifiche al codice sulle pari opportunità in tema di parità salariale fra lavoratrici e lavoratori (l. 162/2021).

Il risultato è un panorama della manualistica particolarmente frammentato e caratterizzato dalla presenza sul mercato di manuali anche molto buoni, in alcuni casi però privi di una identità riconoscibile, con un ventaglio di proposte non agevolmente censibile<sup>25</sup>, con importanti editori che annoverano nel proprio catalogo più di un manuale, talora anche parecchi, con manuali a più autori e addirittura con singoli autori in più manuali.

Questa nuova generazione di testi istituzionali riscrive alcuni tratti di un genere letterario per lungo tempo immutato e in qualche modo è anche espressione di un certo disagio del settore, efficacemente condensato nella perentorietà di una affermazione che ritroviamo nell'introduzione alla prima edizione del *Nivarra-Ricciuto-Scognamiglio*: la «odierna manualistica è la testimonianza più eclatante della difficoltà in cui versa la nostra disciplina».

Come si è detto, in passato, il “problema” delle istituzioni diritto privato – genere editoriale che implica una trattazione non superficiale degli istituti e concetti *fondamentali*, che non può tradursi in un compendio di *tutto* il diritto privato<sup>26</sup> – muoveva da alcune

<sup>24</sup> Una complessità, per quantità e qualità del materiale normativo e giurisprudenziale, che altre discipline, nelle quali non a caso il fenomeno dei manuali collettivi è meno recente, avevano già raggiunto in epoche precedenti. Si pensi, per il diritto del lavoro, all'esperienza, sorta nei primi anni '80, del CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro*, Torino, 1983-1985 e del GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1984.

<sup>25</sup> Per il diritto del lavoro una puntuale ricognizione dei manuali consigliati si legge in BALANDI, *Studiosi, studenti, risorse. L'insegnamento e la ricerca in diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, 1029.

<sup>26</sup> Come ci ricorda MAZZAMUTO, *Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei. Contrappunto novecentesco*,

contestazioni ben definite, ciclicamente ricorrenti: su tutte, l'accusa di scarsa attenzione al metodo o di eccesso di concettualismo e scollamento dalla realtà sociale<sup>27</sup>. In alcune esperienze manualistiche, l'enfasi posta su tali caratteri della proposta didattica aveva condotto a esperimenti molto lontani dal genere letterario del manuale istituzionale<sup>28</sup>. In altri casi, la convinzione di dover disattendere «l'idea di sintetizzare la trattazione istituzionale in elementari schemi definitivi e/o sistematici avulsi dai problemi ad essi sottesi» aveva addirittura portato alla «rinuncia ad un corso annuale che passi in rassegna tutti gli istituti del diritto privato»<sup>29</sup>. Sull'aderenza al canone della storicità del diritto non erano mancati, peraltro, giudizi lusinghieri, come quello espresso da Paolo Grossi sul più antico dei manuali “classici” ancora in circolazione, le *Istituzioni del diritto civile* di Alberto Trabucchi<sup>30</sup>.

La metamorfosi editoriale sin qui descritta, il moltiplicarsi delle fonti e una certa fluidità nel rapporto tra i formanti<sup>31</sup>, hanno ulteriormente complicato l'opera di stesura di un manuale che, pur nella molteplicità delle voci, voglia caratterizzarsi, come forse sarebbe ancora opportuno, per alcuni tratti unificanti: l'ordine espositivo scandito dal codice civile e il metodo dell'analisi formale del dato positivo.

D'altra parte, l'idea che il genere manualistico di tipo istituzionale non possa e non debba perdere alcuni suoi tradizionali caratteri è condiviso persino da un giurista, certamente non formalista, come Giuseppe Terranova, il quale ha di recente auspicato che «nelle materie istituzionali si continui a prendere le mosse da definizioni formulate in termini “canonici” (quelli imposti da una tradizione ermeneutica e dalla conseguente dogmatica), per passare poi, nei successivi anni di corso, a un'esposizione critica, che rimette in discussione le nozioni impartite al primo anno, al fine di precisarne la portata e il contenuto in sede applicativa»<sup>32</sup>.

---

in *Europa dir. priv.*, 2020, 154, a proposito del giudizio di Tullio Ascarelli sul manuale di Giuseppe Branca: cfr. ASCARELLI, *Sull'insegnamento del diritto privato*, in *Foro it.*, 1956, IV, 114.

<sup>27</sup> Si veda ad esempio la posizione di LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, cit., p. 971.

<sup>28</sup> Ad esempio, BARCELLONA (e CAMARDI), *Diritto privato e società moderna*, cit.

<sup>29</sup> BUSNELLI, *Il problema dei manuali di diritto privato: uno sguardo retrospettivo e una proposta*, in *Jus*, 1983, 336. Il riferimento naturalmente è all'esperienza dell'ateneo pisano.

<sup>30</sup> GROSSI, *Omaggio a un “classico” della didattica giuridica universitaria (a proposito della trentesimasesta edizione delle “Istituzioni del diritto civile” di Alberto Trabucchi)*, in *Quad. fior.* vol. 24, 1995, 478.

<sup>31</sup> Suona profetico l'avvertimento di GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. Impr.*, 1985, 701: «continuiamo a proclamarci interpreti della legge e a elaborare teorie sulla sua interpretazione, ma ci troviamo di fatto ad operare sempre più frequentemente come interpreti della sentenza».

<sup>32</sup> TERRANOVA, *Replica. Significati canonici e scenari applicativi*, in *Europa dir. priv.*, 2022, 313.





### **‘Perché’ e ‘come’ ripensare i manuali. L’esperienza nella didattica del diritto privato delle persone e della famiglia**



Roberto Senigaglia

**SOMMARIO:** **1.** I contorni e le ragioni dell’inadeguatezza del manuale tradizionale. – **2.** Perché rifare i manuali. – **3.** Come rifare i manuali. – **4.** Come insegnare il diritto e utilizzare il manuale.

#### **1. I contorni e le ragioni dell’inadeguatezza del manuale tradizionale**

Declinando in termini problematici il tema dell’innovazione dei manuali, vorrei riflettere principalmente sul *perché* e sul *come* praticare questo rinnovamento; e ciò muovendo dalla constatazione che, nella gran parte dei casi, tanto l’organizzazione dei *contenuti* quanto la *veste grafica* dei testi in dotazione, sono rimasti quelli originari. Tanto che, i manuali, per così dire tradizionali di antica data, sono per lo più andati incontro a un processo di lievitazione dei contenuti, integrati dalle novità normative, anche di fonte giurisprudenziale; altre volte hanno conosciuto un taglio acritico degli stessi per rispondere ad esigenze di adeguamento ai crediti formativi.

In sostanza, l’impianto del testo è rimasto invariato.

La nostra esperienza di docenti di diritto privato, nel mio caso anche di insegnamenti specifici del diritto delle persone e della famiglia, ci pone dinanzi a dati oggettivi, i quali fanno inequivocabilmente intendere che anzitutto il manuale, così come tradizionalmente strutturato, *non funziona* più, ovvero non raggiunge lo scopo formativo a cui è preposto.

E i dati sono, oltre al generale calo di interesse per i corsi di laurea e per gli insegnamenti giuridici, pure le valutazioni della didattica che provengono dagli studenti,

specialmente dei corsi di laurea non di giurisprudenza. Le criticità si concentrano, solitamente, sui seguenti quesiti che vengono sottoposti agli studenti<sup>1</sup>:

- i) Le conoscenze iniziali erano sufficienti per capire gli argomenti del corso?
- ii) I crediti formativi (CFU) assegnati al corso sono adeguati rispetto all'impegno complessivo di studio richiesto?
- iii) Il materiale didattico permette di preparare l'esame adeguatamente?

Ponendoci in atteggiamento critico rispetto ai manuali, le valutazioni negative, o comunque non entusiaste, associate alla prima domanda potrebbero volerci dire non tanto che lo studente non è culturalmente attrezzato per affrontare lo studio del diritto, ma piuttosto che i libri di testo (o i discorsi del docente) non incontrano la cultura dello studente; quelle relative al secondo quesito potrebbero dirci, ancora, non tanto che è faticoso apprendere il diritto privato (o un suo settore specifico) nelle ore associate al numero di crediti del corso, ma che i testi non si fanno studiare in quel tempo perché non riescono a contenere le conoscenze di base in quelle tempistiche; infine, le valutazioni critiche al terzo quesito potrebbero dirci non tanto che i testi non sono completi per preparare l'esame, ma piuttosto che non fanno conoscere il diritto (obiettivo, questo, ben diverso dal mandare a memoria concetti ed enunciati normativi).

È mia convinzione che il problema interessi anzitutto i manuali, evidentemente per le materie del diritto privato il cui insegnamento, e dunque i cui contenuti, trovano supporto in questo genere di testi. Problema che si estende anche alla didattica che al manuale voglia fare riferimento e, in ultima istanza, al momento della verifica delle conoscenze dello studente. Nell'argomentare questo mio credere prenderò spunto, in particolare, dai miei insegnamenti di diritto di famiglia e di diritto civile minorile e dalla recente esperienza di curatore di un manuale di diritto civile minorile<sup>2</sup>.

## 2. Perché rifare i manuali

Già nel 1956, Tullio Ascarelli denunciava un accentuato «contrasto tra il diritto dei libri e quello della vita quotidiana»<sup>3</sup>. Contrasto, questo, che continua anche oggi a registrarsi, tanto che lo studio dei nostri manuali porta alla convinzione di un diritto tutt'altro che flessibile, storico, ovvero pronto a rispondere agli interessi sociali.

La sensazione è spesso di un libro indifferente alla realtà, il quale riferisce concetti e significati che colgono soltanto in parte, e spesso in minima parte, i casi della vita. E lo studente, che si limiti ad apprendere il libro senza la guida auspicabilmente critica e

---

<sup>1</sup> Nello specifico, ci si riferisce al questionario di rilevazione delle opinioni degli studenti, valutazione dei moduli didattici (opinione degli studenti frequentanti) dell'Università Ca' Foscari Venezia.

<sup>2</sup> Il riferimento è a CORDIANO, SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022.

<sup>3</sup> ASCARELLI, *Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*, in *Foro it.*, 1956, IV, 115.

problematica del professore, maturerà l'idea di un diritto vocato a imbrigliare la realtà e quindi avulso dalla vita.

Ritenendo senz'altro superati i paradigmi della rigidità e della neutralità del diritto e delle sue categorie, e coscienti che l'insegnamento universitario del diritto mira a far apprendere le tecniche di conoscenza dei suoi significati, ogni manuale deve in realtà tendere a formare il discente non come esecutore di *diktat* predefiniti, ma come interprete costruttivo del diritto, capace cioè di individuare il significato normativo più contemporaneo all'interesse tutelato<sup>4</sup>. Allo stesso modo, il momento della didattica, come ben intuito da Pietro Barcellona, deve essere il luogo dove «le parole, la terminologia giuridica, cessano di essere solo informazioni su norme e concetti e diventano ricerca interminabile del senso dell'esperienza del mondo normativo nella contemporaneità»<sup>5</sup>.

Questa contemporaneità dei significati normativi è garantita dalla costante comunicazione interattiva tra diritto e società, la quale contrasta con l'antica idea della neutralità del diritto ed esige il necessario nutrimento del giurista con altri saperi (sociologia, economia, scienza politica, filosofia, ecc.), nella consapevolezza che «quando si vuole ricostruire e determinare la funzione del sistema normativo complessivamente considerato non si può fare a meno di rapportarlo al sistema economico-sociale e al sistema politico entro il quale storicamente si colloca»<sup>6</sup>.

Ogni manuale dovrebbe quindi essere scritto avendo chiaro questo obiettivo formativo, che trova la sua sintesi nel monito di Nicolò Lipari, a tenore del quale «il giurista deve interpretare sociologicamente la norma o il sistema e dogmaticamente la realtà o il dato sociale»<sup>7</sup>. Un monito che sollecita a inaugurare un'inversione metodologica dell'insegnamento e dunque della manualistica del diritto privato, che muova dalla esperienza per giungere alla scienza e da quest'ultima ritornare alla prima nella cifra, tutta interna al sistema, del giuridicamente rilevante.

Il tutto lungo un percorso virtuoso che conduca all'apprendimento dei congegni attraverso i quali il diritto si appropria della vita sociale per ordinarla.

Si tratta, in pratica, di scandire, nella trattazione di ogni ambito disciplinare, le tappe fondamentali del procedimento ermeneutico, integrate dalla *conoscenza* della realtà (*recte* dell'esperienza) – o, meglio ancora, del “valore sociale” – del principio giuridico che

---

<sup>4</sup> In questo senso CAMARDI, nella *Prefazione* al suo manuale (*Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, II ed., Napoli, 2007, XV), dichiara di aver avvertito la necessità di rielaborare «gli elementi, nel tentativo di fronteggiare l'inarrestabile produzione normativa, alla luce delle tendenze storiche, politiche, economiche e, naturalmente, legislative che nella prima edizione di cinque anni fa non apparivano del tutto esplicitate».

<sup>5</sup> BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di CAMARDI, Napoli, 1996, XXI.

<sup>6</sup> BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, II ed., Napoli, 1971, XIII.

<sup>7</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, in *Foro it.*, 2015, V c. 221.

riconosce quel valore e delle regole che esprimono e devono continuare ad esprimere quel principio<sup>8</sup>.

La manualistica, invece, continua a concentrarsi principalmente sul momento della conoscenza delle regole, trascurando (talvolta quasi totalmente) la conoscenza dei principi fondamentali e, soprattutto, dell'esperienza.

Ogni volta che mi accingo a insegnare o che concludo un corso di insegnamento, mi trovo a condurre una sorta di esame di coscienza, scrutando le disposizioni della mia mente alla luce, ancora una volta, della domanda che ci proviene dai Maestri: «noi insegniamo ai nostri studenti a leggere i testi normativi, come e quando insegniamo a leggere i fatti?»<sup>9</sup>. Se il momento interpretativo è quello in cui si pone l'enunciato normativo in contatto con il caso della vita per condurre un percorso valutativo che culmina sempre in un giudizio di valore e nella individuazione del «giusto rimedio»<sup>10</sup>, allora non è possibile rinunciare alla necessità di insegnare allo studente di qualsiasi settore del diritto a conoscere il caso con la corretta sensibilità giuridica, ovvero con il «lume» dei principi fondamentali e del sistema ordinamentale.

Insomma, atteso che l'interpretazione si dispiega nella circolarità dialogica tra il fatto, i principi e le regole, un manuale o un insegnamento che rinunci a formare il discente alla conoscenza del fatto è senz'altro inadeguato<sup>11</sup>.

Il manuale deve incontrare la cultura dello studente nel senso, dunque, di muovere dalla sua esperienza di vita (sociale, culturale, relazionale, economica, ecc.) e da lì condurlo ad osservare *a) come* il diritto la ordina, *b) per quale ragione* la tutela e *c) di quale flessibilità* è dotata questa ragione. Insomma, per dirla con le parole di Luigi Mengoni, la coscienza di metodo richiesta è che «il punto di partenza dell'interpretazione non è il testo (analogamente alle scienze della natura, la cui ricerca muove dalla «cosa in sé»),

<sup>8</sup> GADAMER, *Verità e metodo*, a cura di VATTIMO, introduzione di REALE, Milano, 2000, 551 ss.

<sup>9</sup> LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., c. 220.

<sup>10</sup> Sempre sfogliando le prefazioni (nella specie si tratta di un'avvertenza) di illustri manuali si legge in proposito che «Poiché «ogni tecnica è» al servizio o «espressione di un'ideologia», per conoscere e governare una tecnica normativa bisogna sforzarsi, con passione, a ragionare «con i principi e nel sistema». Diversamente si producono *legulei*, che operano al massimo *more geometrico*, impossibilitati a controllare e verificare il «giusto rimedio», inconsapevoli, per responsabilità dei cattivi insegnanti, che la figura del giurista, «*être inanimé*», «politicamente agnostico, ha oggi fatto il suo tempo, ma piuttosto è da constatare che esso sia mai esistito, perché nella più semplice operazione, come quella dell'applicare la legge al caso concreto, il giurista deve mettere in opera giudizi di valore e quindi non fa opera puramente «tecnica»»; così PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, 8° ed. riveduta e aggiornata, Napoli, 2022, XIII-XIV.

<sup>11</sup> È vero che «noi, proprio come giuristi, cadiamo nell'equivoco di considerare di facile lettura gli enunciati normativi (perché constano di parole) e di non facile, anzi di impossibile lettura i fatti sociali, gli accadimenti, l'esperienza (o, come altrimenti si potrebbe dire, i «valori sociali»). Così dicendo, non comprendiamo che nessun enunciato è dotato di un contenuto oggettivo prescindendo dal procedimento interpretativo, che nessuna interpretazione è possibile prescindendo da una valutazione storica di fatti, che qualsiasi procedimento interpretativo di fatti sociali implica necessariamente giudizi di valore», così LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., c. 220.



bensì un fatto della vita, o una situazione problematica, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato»<sup>12</sup>. Sulla traccia di una proposizione divenuta una sorta di slogan, potremmo anche noi dire: non dalla dogmatica alla pratica, bensì dalla pratica alla dogmatica<sup>13</sup>. Solo così il discente matura la convinzione che il diritto non si impone alla vita sociale, ma è lo strumento attraverso il quale quest'ultima si ordina.

Guardando alla mia esperienza di docente di diritto civile minorile e di curatore del relativo manuale, la scelta puramente *informativa* mirerebbe, ad esempio, a far studiare la disciplina della filiazione e la legge sulla procreazione medicalmente assistita, che prevede divieti e sanzioni, tra cui quelli sanciti nei confronti della pratica di maternità surrogata. Con queste informazioni, lo studente giungerà alla conclusione che un progetto procreativo realizzato attraverso il ricorso a codesta pratica è illecito e quindi che il bambino nato all'esito di essa non può essere figlio del genitore intenzionale; e ciò anche avendo studiato, scrupolosamente, la dogmatica della filiazione basata sui paradigmi dell'eterosessualità e dell'apporto biologico, fatte salve le ipotesi, in questo senso del tutto eccezionali, previste dalla legge (*id est* adozione e PMA). L'esame verrà magari superato splendidamente dallo studente che ha memorizzato tutte le informazioni così impartite; ma quello stesso studente potrà trovarsi impreparato nel momento in cui un *caso della vita* lo interrogherà per ricevere una risposta che esiga la valutazione di rilevanza giuridica degli interessi implicati.

La sensibilità giuridica del discente sarà altra, invece, se l'insegnamento e il manuale optano per una scelta *formativa*, che parta dall'esperienza, ad esempio, di un bambino di sette anni nato da una pratica di gestazione per altri, attuata all'estero secondo la *lex loci* e all'esito della quale, sempre all'estero, è stato formato un atto di nascita che annovera come suoi genitori tanto quello biologico quanto quello intenzionale. Dinanzi alla domanda di recepimento in Italia di quell'atto di nascita, la risposta che nega categoricamente la tutela dell'interesse del bambino di continuare a essere riconosciuto come figlio anche del genitore intenzionale, anzitutto al "buonsenso" di quello studente risulterà inaccettabile perché contraria ai valori sociali. Ed è così che attraverso l'apprendimento dei principi che incorporano quei valori (nella specie il principio del *best interest of the child*) e del funzionamento delle tecniche di bilanciamento, lo studente assimilerà i percorsi di conoscenza del diritto e quindi le metodiche per operare il giudizio di valore, premendo sui significati delle regole nel perimetro dei principi e del sistema.

<sup>12</sup> MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 10.

<sup>13</sup> NAPPI, *Didattica del diritto civile 2.0. Un prototipo di didattica fondata sull'addestramento al giudizio applicativo*, Torino, 2015, XVIII: «La teoria piuttosto che servire da orientamento alla pratica, sottomette la pratica al suo servizio, ed in definitiva la lascia nell'ombra di un ruolo subordinato. In verità l'obiettivo (dei richiami alla pratica applicativa) del chiarimento delle nozioni teoriche non è certamente trascurabile, ma non può essere considerato lo scopo principale (dei richiami alla pratica applicativa) nell'attività formativa di qualsiasi livello. La quale deve invece incentrarsi, nell'impostazione qui patrocinata, sull'addestramento al giudizio applicativo e sottoporre a quest'obiettivo la preparazione teorica».

### 3. Come rifare i manuali

Gli studenti oggi chiedono, e il sistema lo impone (basti guardare, ancora una volta, alle schede di valutazione), che il docente spieghi in aula *tutto quanto* il discente deve apprendere nel corso. Noi docenti riteniamo che non sia possibile esaurire nelle ore assegnate le conoscenze del diritto privato o delle specifiche materie giusprivatistiche di insegnamento e quindi demandiamo allo studio individuale le parti rimanenti.

Insomma, l'immaginario comune è che il manuale incamera il sapere completo e la lezione fa quello che può.

Attorno a queste esigenze, che evidentemente legano i contenuti del corso ai contenuti del manuale, si è innescato un meccanismo vizioso, che è sovente sfociato anche in operazioni editoriali inadeguate, le quali hanno visto affiancarsi alle c.d. *editiones maiores* delle *editiones minores* consistenti in una sintesi o talvolta in un "taglio" dei contenuti delle prime.

Anche rispetto a queste pratiche il metodo va corretto, coscienti di quanto, sempre nel lontano 1956, Tullio Ascarelli ammoniva: «Non si tratta di aumentare il numero delle pagine dei manuali dimenticando allora i limiti della capacità di "assimilazione" dei discenti; si tratta di "scegliere", ancor prima che "riassumere"; i nostri manuali contano più pagine» dei vecchi manuali, «ma non sono più "formativi"»<sup>14</sup>.

Conciliando gli obiettivi formativi (intesi nei termini poc'anzi precisati) con la necessità di attingere i contenuti da un testo, la scelta che dovrebbe operare l'autore o il curatore di un manuale è quella di trattare ogni argomento in chiave sistematica, illustrando anzitutto l'apparato valoriale a cui le regole si legano, lasciando poi al docente la *scelta* dei contenuti da far studiare. Ma, per come trattato, ogni argomento deve essere in grado di offrire allo studente la *struttura* della valutazione giuridica, ovvero del percorso decisionale da condurre secondo diritto.

Un'operazione quindi che si traduce nell'esatto opposto del riassunto o del taglio di contenuto.

Gli argomenti, poi, devono essere presentati con metodo ermeneutico, in modo che lo studio di uno o più di essi consenta di apprendere gli strumenti all'insegna dei quali condurre la conoscenza di qualsiasi altro contenuto giuridico. In ogni insegnamento occorre insistere, come ancora segnala Ascarelli, «sui principi fondamentali, dando però di questi non già una nozione mnemonica, ma una effettiva trattazione (illustrare la portata e la funzione), e di illustrare poi gli istituti più importanti di fronte alla struttura attuale della società»<sup>15</sup>.

In questi termini, il manuale deve essere strutturato in modo da consentire al docente la selezione dei contenuti e da permettere al discente di acquisire le competenze di

<sup>14</sup> ASCARELLI, *Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*, cit., c. 116.

<sup>15</sup> ASCARELLI, *ibidem*.

base<sup>16</sup> anche studiando soltanto alcuni argomenti, presentati però in chiave *sistematica* e *sistemica*, che dia accesso cioè alla conoscenza della realtà, dei principi fondamentali e delle regole.

In questo senso, il manuale (che potrebbe anche avvicinarsi al genere del trattato) deve essere usufruibile anche in parte.

Una buona modalità offerta da alcune case editrici, che consente pure di rispondere alla giusta esigenza di contenimento dei costi, è di mettere a disposizione il volume in formato *ebook* e di consentire l'acquisto di singoli capitoli anziché dell'intero libro.

La selezione degli argomenti va ovviamente operata anche in ragione dello specifico percorso formativo dentro il quale è impartito l'insegnamento. Il manuale deve essere idoneo a edificare le competenze delle nuove professionalità giuridiche. Nel diritto di famiglia queste competenze, che consentono la lettura del diritto in chiave sistemica oltre che sistematica, sono state ulteriormente esplicitate dalla riforma Cartabia (L. n. 206 del 2021 e d.lgs. n. 149 del 2023) non soltanto nel disporre il ricorso alla mediazione familiare o, su domanda congiunta delle parti, a un esperto o, ancora, nel prevedere la nomina del curatore speciale del minore, ma soprattutto nel demandare al giudice una serie di valutazioni che esigono conoscenze extragiuridiche e la costante attenzione critica alle fattezze del caso concreto.

Compito del docente e dei manuali di riferimento è sempre quello di insegnare come funziona il diritto per decidere con responsabilità<sup>17</sup>, selezionando i contenuti in ragione delle competenze che il corso di laurea intende far maturare in capo allo studente.

Prendendo a riferimento il diritto di famiglia, se lo studente di giurisprudenza deve conoscerlo per saper decidere i conflitti familiari; lo studente di economia deve apprendere le coordinate di senso delle discipline dei rapporti familiari al fine di poter valutare i parametri di efficienza o di benessere individuale e collettivo delle scelte private e pubbliche. Lo studente, poi, (come è mia esperienza) di servizio sociale deve apprendere quei contenuti che gli consentano di articolare la progettazione sociale all'insegna del principio di legalità e di saper intercettare i disagi sociali con la dovuta sensibilità giuridica, sapendo valutare i diversi livelli di conflittualità.

Tutte decisioni, queste, che per saperle prendere occorre, in ogni caso, aver maturato un approccio problematico rispetto alla soluzione giuridica, quell'approccio, cioè, che apre a possibilità (potrebbe essere altrimenti) e non chiude il discorso (*dura lex sed lex*) come nel caso in cui ci si limiti a far mandare a memoria enunciati normativi<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Forte e senz'altro rilevante è l'interrogativo di MARELLA, *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, in PACIUTTA, LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, 2018, 83: «Chi e come stabilisce quali siano le nozioni indispensabili per la costruzione delle competenze di base?».

<sup>17</sup> Così MARELLA, *op. cit.*, 80.

<sup>18</sup> BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di C. CAMARDI, cit., XXIII; NAPPI, *Didattica del diritto civile 2.0. Un prototipo di didattica fondata sull'addestramento al giudizio applicativo*, cit., 14 ss.

## 4. Come insegnare il diritto e utilizzare il manuale

I testi devono sempre far conoscere il diritto coniugando il momento critico con quello descrittivo<sup>19</sup>. E questo perché, come si diceva, gli enunciati normativi aprono a possibilità di significato e non chiudono a meccanici schemi sillogistici.

Per far maturare la coscienza problematica, il manuale deve, anzitutto, educare all'apprendimento dei principi fondamentali, ovvero di quelle strutture per il cui tramite la realtà sociale, portatrice di giuridicità, transita nell'ordinamento e attraverso i quali, quindi, la seconda viene compresa in termini normativi<sup>20</sup>.

Ma se i principi sono espressioni normative di valori sociali, la loro comprensione non può prescindere dalla conoscenza dell'esperienza. E per fare ciò, non basta correggere l'eccesso di dogmatica con innesti di giurisprudenza, pur riconoscendo a questa un ruolo di indubbia importanza nella formazione del diritto. Si tratta invece di far precedere alla dogmatica l'apprendimento delle tecniche di conoscenza normativa dei problemi sociali e dunque dei relativi principi giuridici<sup>21</sup>.

La trattazione e l'insegnamento del diritto privato, così come dei suoi singoli settori, devono essere presidiati da questa metodologia nella consapevolezza che non si può

---

<sup>19</sup> A questa conclusione è giunto Nicolò Lipari, chiedendosi, appunto, se, nella stagione del postmoderno, nello svolgere l'insegnamento di diritto civile sia possibile separare il momento critico da quello descrittivo. La domanda è così formulata: «È possibile fornire un panorama del sistema normativo che prescinda dalla seconda anima, quella critica, che in qualche modo cioè la accantoni per una stagione successiva e più matura (ipotizzando quindi una lettura differenziata nel tempo dei due corpi di scrittura)? È possibile cioè ipotizzare una forma di apprendimento per così dire certo e consolidato che rimetta ad un momento successivo i dubbi o gli interrogativi? La mia risposta non può che essere negativa. Negli anni ottanta, per cominciare a capire, occorrevano due manuali. Oggi ne basta uno solo, sia pure scritto con due caratteri diversi»; LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, cit., c. 218.

<sup>20</sup> ASCARELLI, *Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*, cit., c. 115 denunciava «l'inevitabile conseguenza della concezione del corso istituzionale come "riassunto", anziché come corso "istituzionale" e cioè un'impostazione che mira piuttosto a dare "brevemente" un ragguaglio di "tutto" il diritto privato, anziché dare, con il necessario svolgimento, una illustrazione dei principi e degli istituti "fondamentali" del diritto privato. Ne derivano due conseguenze singolari: 1) il sacrificio proprio dei principi fondamentali che finiscono per non distinguersi più da quella che è la parte regolamentare e mnemonica; 2) il sacrificio di quegli istituti che poi rientrano in cattedre diverse del diritto civile».

<sup>21</sup> Come osserva MARELLA, *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, cit., 74, «l'attuale complessità richiede un insegnamento che valorizzi la componente intellettuale del sapere giuridico. Davanti al complicarsi dei dati della realtà giuridica – un fatto, come si è detto, nuovo solo in parte – la formazione del giurista non può nutrirsi del feticismo delle categorie come se le operazioni del diritto fossero riducibili a operazioni di mera sussunzione. Né basta correggere il tiro dando conto del diritto vivente o della casistica come fattori altrettanto oggettivi e neutri. È invece necessario tener conto del ruolo dell'interprete – del ruolo della dottrina e della giurisprudenza – da un angolo visuale soggettivo, cioè come punto di vista dell'osservatore (interno al sistema)».

davvero comprendere il diritto muovendo dai concetti, né tantomeno dai principi o dalle regole, ma piuttosto dall'essere che genera il dover essere e a questo deve rimanere unito, nutrendolo senza soluzione di continuità. Solo così è dato comprendere *come* il diritto guarda alla vita e quindi *come* intendere le regole affinché sappiano assolvere alla loro funzione di ordinare la vita.

Occorre pertanto insegnare, come ci ricorda ancora una volta Nicolò Lipari, a «porci domande capaci di intendere i fatti della vita». I manuali e il docente devono esporre il diritto per domande e non per risposte. È infatti nel *sensu* della domanda alla quale la regola è chiamata a rispondere che va valutato e definito il significato precettivo<sup>22</sup>. Per ogni ambito disciplinare va dunque anzitutto focalizzato il punto di vista (valoriale) prescelto al fine di garantire la correlatività tra il significato delle formule normative e l'interesse giuridicamente tutelato<sup>23</sup>.

Si tratta, in definitiva, di edificare la sensibilità giuridica, che non deve mai tradursi nel far operare il diritto in senso conflittuale con gli interessi in gioco, ma piuttosto in senso fiduciario con gli stessi. E questo perché, come ci avvertono brillanti pagine della nostra recente letteratura, «*il diritto ci chiede di fidarci l'uno dell'altro, e lo fa nel momento in cui stabilisce quali sono i diritti e i doveri reciproci all'interno di una qualsiasi relazione da esso regolata. Certo, esso ci dice anche (e non può non dirci) che quando la fiducia verrà tradita interverranno rimedi pronti a sostenerci. Ma, in prima istanza, esso ci dice di fidarci e ci chiede di avere comportamenti conseguenti, che possano adeguatamente soddisfare le aspettative di coloro con i quali instauriamo le nostre relazioni*»<sup>24</sup>.

Nel senso sin qui tracciato, anche la didattica del diritto privato si deve ingegnare sperimentando nuove forme di comunicazione di questo sapere complesso. Da qualche anno, nel mio corso di diritto civile minorile, cerco di muovere dall'esperienza portando gli studenti al Tribunale per i minorenni per dialogare con i giudici, togati e onorari, sui casi che trattano, su come li analizzano, su come selezionano e valutano i profili problematici. In aula poi passiamo a trattare i principi fondamentali e le discipline del diritto minorile. All'interno poi di gruppi di lavoro gli studenti tentano costantemente di trovare, in chiave critica, l'aggancio della soluzione normativa alla vita e questo non soltanto

---

<sup>22</sup> Così SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1249 ss., il quale ricorda, appunto, che «il significato di un testo dipende sempre dal senso della domanda a cui quel testo è chiamato a rispondere». V. anche GADAMER, *Verità e metodo*, a cura di VATTIMO, introduzione di REALE, cit., 418 ss.

<sup>23</sup> In questo senso BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit., XII, il quale segnala la necessità di «abbandonare il terreno dell'analisi terminologica e operare una "valutazione", affermare il "valore" del punto di vista prescelto. La qual cosa richiede che la legge, la formula normativa sia posta in relazione a interessi ed esigenze (di singoli, categorie o gruppi sociali, eccetera) e che in un modo o in un altro sia possibile argomentare una certa correlatività fra il significato riferito alle norme e l'interesse e l'esigenza di cui si asserisce la prevalenza sul piano giuridico».

<sup>24</sup> GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021, IX.

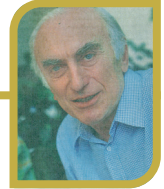
cercando spunti nel diritto vivente ma anche nella cronaca, nella letteratura, nel cinema, ecc.

È così che la mente matura quella sensibilità giuridica che consente di addivenire a una decisione responsabile. Ed è esattamente in questo senso che, a mio credere, occorre ripensare i manuali.



### Conclusioni

*Nicolò Lipari*



Io credo che dobbiamo essere grati a Carmelita Camardi per questa iniziativa perché pone il dito su una delle più vistose piaghe del nostro sistema universitario: l'insegnamento istituzionale del diritto privato. Un insegnamento che sembra perpetuarsi secondo schemi didattici consolidati dalla tradizione, ma che appaiono incapaci di recepire le novità di un'esperienza che ormai quei paradigmi ha abbandonato da tempo.

Quando Paolo Grossi coniò la formula dell'"invenzione" del diritto (ma nella affettuosa dedica con la quale accompagnò l'omaggio del libro mi riconobbe di averla anticipata quando, molti anni prima, avevo parlato di una "ricerca per l'insegnamento"), pone lucidamente l'accento su quello che, nell'arco degli ultimi settant'anni, è stato il passaggio del diritto da scienza teoretica a scienza pratica. Il diritto non è dato, ma va cercato; non è cioè riconducibile – come a noi è stato insegnato, appunto secondo i postulati di una scienza teoretica – ad un oggetto definito consegnato ad un complesso di norme ordinate in sistema, ma va invece faticosamente ricostruito nell'articolato modularsi di una prassi, nella quale i testi si intersecano ai contesti e l'oggetto si viene definendo, anche grazie alla mediazione dell'operatore, in una dialettica tra assetti istituzionali e indici valoriali, norme legali e modelli sociali. In questo senso il diritto va cercato: perché spetta all'interprete, tenendo conto della peculiarità del caso, individuare il punto di equilibrio tra tutti questi fattori, in termini storicamente sempre variabili.

Questa rivoluzione è rimasta sostanzialmente estranea alla struttura dei nostri manuali istituzionali, sia quelli di più vecchia composizione (che si sono aggiornati attraverso periodiche inserzioni in una struttura inidonea a recepirle) sia quelli di nuovo conio (siano a firma individuale o collettiva). Ne è risultato un assetto didattico che non ho timore a definire schizofrenico. È come se noi pretendessimo di insegnare la fisica quantistica sulla base di un manuale pensato e strutturato secondo la fisica newtoniana. Credo di non sbagliare se dico che oggi, nella stagione dei sondaggi, se si facesse un sondaggio tra tutte le matricole dei corsi istituzionali di diritto privato, non si troverebbe uno studente, uno soltanto, anche fra i più provveduti, disposto a dichiarare che egli si è sentito parte di una ricerca, non semplice destinatario di nozioni da altri acquisite e consolidate in istituti ossificati dal tempo.

Non credo di sbagliare se dico che la Camardi, quando ha programmato l'iniziativa, pensava ad una prospettiva che guardasse in avanti, che si ripromettesse cioè – pur con tutte le problematicità che l'odierna stagione di passaggio impone – di registrare propo-

ste, iniziative programmatiche, linee evolutive di un cambiamento. Bisogna onestamente riconoscere che non è stato così. Salvo un paio di eccezioni, la maggior parte di coloro che sono intervenuti ci hanno raccontato la loro esperienza di redattori o aggiornatori di manuali, ma hanno, in buona sostanza, eluso l'interrogativo. Sono ancora quei manuali adeguati al tempo presente, sono essi in grado di misurarsi con quello che coraggiosamente Giuseppe Zaccaria chiama "postdiritto" e per il quale ipotizza che si impongano (come si specifica nel sottotitolo del suo ultimo libro) "nuove fonti e nuove categorie"?

Aggiungo che l'interrogativo è tanto più importante e decisivo in quanto la dimensione giuridica connota e influenza la cultura generale dell'intero Paese e noi siamo ancora immersi – per una pluralità di ragioni che sarebbe qui troppo lungo elencare – in un contesto intriso di deteriore (e certamente antistorico) positivismo, come dimostrano le trasmissioni televisive di Bruno Vespa, o quelle radiofoniche di Emanuele Falcetti, spesso sostenute dagli interventi di alcuni c.d. politici o pseudo-giuristi che sono ancora chiusi nell'ottusa prospettiva della regola dettata. Chi oggi dunque si avvia lungo la difficile strada di un'esperienza professionale del diritto si trova a dover fare i conti non solo con le sedimentazioni che gli provengono da una formazione universitaria ormai superata, ma anche con un contesto culturale che guarda con sospetto e diffidenza all'esercizio della sua funzione, sottilmente auspicando (pur non dichiarandolo) l'esercizio di una giustizia predittiva affidata alla irreversibile certezza di un computer. Mi è accaduto di frequente, negli ultimi anni, di essere invitato a colloquiare con giovani magistrati. E tutti mi hanno dichiarato che, nel primo impatto con la loro professione, si sono dovuti liberare della camicia di forza che era stata loro offerta dalla formazione universitaria.

Non posso qui ovviamente entrare nell'esame dei manuali correnti. Io stesso, negli anni Cinquanta, mi sono formato sul Trabucchi e da quel manuale ho preso moltissimo, pur in una stagione radicalmente diversa da quella odierna in cui la sostanziale convergenza sui principali punti di riferimento assiologici rendeva più tranquillo l'operatore giuridico: il risultato appariva omogeneo e condivisibile sia che il criterio interpretativo fosse stato di segno positivistico, naturalistico o realistico. Allora mi fu suggerito di anteporre allo studio del Trabucchi la lettura della prefazione al manuale di Barbero significativamente intitolata "diritto e giustizia". E ciò se non altro per non dimenticare il profilo della giustizia cui il diritto è funzionalmente ordinato, un termine che non sarebbe poi mai più ritornato nella stessa terminologia dei miei corsi universitari, se non avessi avuto la ventura di seguire a Padova le lezioni di Opocher. Questa lacuna poteva passare un tempo come inavvertita proprio perché operava quel panorama omogeneo sul piano dei valori di cui ho detto. Oggi non lo è più. Di guisa un manuale di diritto che non faccia mai riferimento al principio di giustizia si muove, in termini di principio, su di un terreno sbagliato. Avevo pensato di colmare la lacuna con il mio libretto su "Elogio della giustizia" che, proprio per il suo stile piano e discorsivo, pensavo potesse essere suggerito quale lettura preliminare agli studenti di primo anno, ma i titolari di corsi istituzionali non hanno seguito il suggerimento. Noi continuiamo ad insegnare un diritto che non esiste più e continuiamo a farlo nella sottintesa convinzione che l'uso dei suoi strumenti tecnici non abbia nulla a che fare con il perseguimento di un risultato di giustizia.



Vorrei fare qualche esempio tratto dai manuali istituzionali correnti. Le fonti del diritto. Siamo tutti convinti che oggi le fonti del diritto sono plurime e che fra di esse si pone un complesso problema di composizione; tuttavia nei manuali le fonti vengono ancora ricondotte al dettato dell'art. 1 delle preleggi e si assume che quelle di nuovo conio (la costituzione o le fonti europee) debbano essere collocate, all'esito di un procedimento interpretativo, all'interno di quella struttura, sia pure al primo posto nella logica di una gerarchia. Operazione sicuramente sbagliata, da un lato perché le fonti non vanno fra di loro coordinate necessariamente in chiave gerarchica, ma semmai secondo un criterio di equilibramento e di bilanciamento volta a volta diverso (basti pensare alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di controlimiti), dall'altro perché una gerarchia è possibile solo fra dati omogenei e, come è stato autorevolmente rilevato, non vi è omogeneità tra legge ordinaria e costituzione perché l'una muove *ex parte auctoritatis*, l'altra *ex parte societatis*. Non a caso nelle norme della prima parte della Costituzione quasi sempre si legge "la Repubblica riconosce", proprio perché la tutela discende non da un'attribuzione ma da un riconoscimento, e non a caso correttamente si riconosce che i diritti fondamentali non sono diritti soggettivi in senso tecnico, in quanto non discendono da chi esercita il potere ma si impongono allo stesso legislatore. La teoria delle fonti, così come è fornita dai nostri manuali istituzionali, è dunque intrinsecamente sbagliata.

Altrettanto significative sono le pagine dedicate all'interpretazione giuridica. Tuttora si fa perno sull'art. 12 delle preleggi, non a caso ancora frequentissimamente richiamato nei repertori di giurisprudenza. Nessuno ha il coraggio di dire, secondo la formula suggerita da Grossi, che esso è ormai soltanto un fossile giuridico, un reperto archeologico. Nel quadro delle fonti di cui si è detto non avrebbe alcuna giustificazione fare richiamo all'"intenzione del legislatore" o al "senso proprio delle parole". Basterebbe considerare che i principi, che pure costituiscono l'ossatura portante del nostro assetto costituzionale, spesso non si riconducono nemmeno a una puntuale enunciazione.

Un'ulteriore osservazione introduce un significativo rilievo, pur esso del tutto estraneo all'impianto didattico dei nostri manuali. Tutti conveniamo nel riconoscere che il procedimento applicativo del diritto è passato da una interpretazione per fattispecie ad una interpretazione per principi, ma non mi risulta che i manuali segnalino questa distinzione e ne indichino le diversità applicative. I principi non sono norme ma semmai – come suggerisce Scoditti – generano norme all'insorgenza del fatto. Da qui, la necessità di acquisire strumenti per l'analisi dei contesti, un'analisi che si offre drammaticamente ai giovani magistrati, ma che nessuno ha loro insegnato ad esercitare. Quella che Viola chiama la "legalità del caso" appare un oggetto misterioso per gli studenti di giurisprudenza, ma, a ben vedere, anche per i loro professori.

Un ultimo esempio, ma forse di tutti il più significativo. È ormai convinzione diffusa, sulla spinta di una insistita giurisprudenza della Corte costituzionale, che il principio di ragionevolezza costituisca oggi il principio fondamentale nel processo applicativo del diritto. Come hanno molto bene chiarito le raffinate analisi di Modugno, il riferimento alla ragionevolezza sposta il fuoco dell'analisi giuridica dal momento degli atti di posizione al momento degli atti di riconoscimento e invita a riflettere non sulle intenzioni di chi ha dettato la regola, ma sul modo come questa viene intesa e condivisa dalla co-

munità di riferimento. Ebbene: il principio di ragionevolezza, che pure dovrebbe costituire il perno di qualsiasi procedimento attuativo, continua a rimanere uno sconosciuto ai nostri manuali: o non lo si considera affatto (come accade, per esempio, al Torrente) o (come nell'ultima edizione del Trabucchi) lo si qualifica quale clausola generale, con ciò commettendo un vistoso errore perché la ragionevolezza giudica della stessa legittimità della legge, mentre la clausola generale si giustifica come uno spazio offerto agli interpreti dalla determinazione del legislatore. Alla ragionevolezza io ho dedicato molte pagine nel mio libretto sulla giustizia. Consentite che mi permetta qui una notazione aggiuntiva ad uso dei costituzionalisti presenti. Noi dobbiamo cominciare a liberarci (specie in una stagione in cui il diritto di voto è esercitato da un numero sempre più decrescente di persone) dalla convinzione che la democrazia si risolva nell'attuazione del principio di maggioranza, oggi sistematicamente richiamato nei dibattiti televisivi come idoneo a risolvere qualsiasi discussione di merito. Ritornano, a mio giudizio, ammonitrici le parole (richiamate da Galgano nel suo prezioso volume sul principio di maggioranza) pronunciate da Federico II di Svevia, il quale, riconoscendo a se medesimo il potere di dettare qualunque legge, aggiungeva tuttavia che questo potere si è arrestava di fronte al "principio di ragione, che è la madre di tutte le leggi". Siamo sicuri di offrire una simile consapevolezza ai nostri studenti o non concorriamo piuttosto anche noi a formare una classe di giuristi destinata a divenire serva sciocca del potere, quale che sia il colore che lo caratterizza? Appare alquanto paradossale che ciò che appariva ovvio ad un sovrano assoluto del passato trovi tante difficoltà a penetrare nei modelli culturali delle moderne democrazie.

Non entro qui nel discorso sulle categorie, alle quali ho dedicato in altro luogo più approfondite riflessioni. Mi limito ad osservare (ed anche a questo proposito un sondaggio sarebbe illuminante) che gli studenti escono dall'Università convinti che le categorie ordinanti sono date e vadano come tali acquisite, essendo ben lungi dalla loro formazione che esse costituiscono l'esito di un processo ricostruttivo che spetta all'interprete di organizzare e condurre a fine in termini storicamente sempre variabili all'esito di una seria dialettica tra testi e contesti.

Da tutto questo discende che noi continuiamo a formare giuristi per un diritto che non c'è più, concorrendo a radicare un modello culturale corrente che fa del diritto non la bussola orientativa di una intera collettività per il conseguimento di un risultato di giustizia, ma semplicemente uno strumento in mano all'autorità costituita per l'attuazione dei suoi fini di potere. Il principio di legalità – al cui radicamento non è certo estranea la formazione che proviene dalle nostre Facoltà giuridiche – viene ancora inteso dalla cultura corrente come radicato in una serie di precetti posti, che era convinzione accettabile quando appunto vi era non contestata simmetria tra valori condivisi e regole dettate. Oggi non è più così e non a caso la maggiore nostra opera giuridica, l'"Enciclopedia del diritto", ha avvertito la necessità di sovrapporre alla voce "Legalità" degli anni 70 (affidata a Sergio Fois), una nuova voce affidata negli anni 2000 a Massimo Vogliotti, che definisce la legalità come "*eupraxia*", cioè prassi indirizzata ad un risultato di giustizia.

Ecco, a me pare che i manuali istituzionali dovrebbero farsi carico proprio di questi profili di principio, evitando di appesantirsi, edizione dopo edizione, delle soprav-

venienze discendenti da una legislazione a pioggia, che, oltretutto – come oggi abbiamo sentito da una serie ripetuta di testimonianze – non potrebbero essere neppure assunte ad oggetto di domande all’esame senza esporre l’esaminatore a pericolose contestazioni. Formare e informare non sono la medesima cosa. Chi è formato è sempre in grado di informarsi perché ha gli strumenti per farlo; chi è informato spesso manca degli elementi di base per utilizzare ed applicare la congerie delle sue informazioni.

Quando, sul finire degli anni 60, io avviai a Bari un processo – che allora apparve a molti rivoluzionario – per mettere in crisi la formazione istituzionale dei privatisti, lo feci in un contesto culturale molto diverso da quello attuale, anche se non privo di alcune simmetrie. Mi sembrava allora necessario fare comprendere allo studente che le informazioni che gli venivano offerte dal manuale tradizionale dovevano essere acquisite come punto di partenza per una ricerca che spettava a lui di approfondire e portare avanti. Ancorché sembrasse folle aggiungere la lettura di un libro di ottocento pagine allo studio del manuale tradizionale non furono pochi i colleghi che lo suggerirono, tanto è vero che Laterza ne fece una tiratura di diecimila copie, che è tiratura assolutamente inabituale per un libro di diritto. Oggi la realtà è radicalmente mutata. Gli strumenti di comunicazione richiedono la bruciante perentorietà dell’algoritmo. La mediazione giuridica non viene più pensata come strumento per cambiare il mondo, ma semmai come supporto per radicare un potere conseguito per altre vie. Non si guarda più alla costituzione come un faro capace di guidare la nostra via, ma semmai sottilmente la si teme come un ostacolo da rimuovere o da condizionare. A chi fa formazione giuridica è offerta dunque una responsabilità supplementare che è nostro dovere non allontanare appagandoci della ripetitività di modelli che sono stati utili in passato, ma che oggi non lo sono più.

Abbandoniamo dunque ogni compiacenza per ciò che abbiamo fatto e per i risultati che abbiamo conseguito. Ci attende una stagione nuova e molto difficile, per la quale è indispensabile forgiare strumenti nuovi. L’iniziativa assunta con lucida intuizione da Carmelita Camardi può costituire un primo passo lungo questa strada. L’essenziale è proseguire nella via indicata, portando il peso delle nostre consolidate certezze, ma aprendoci ad una realtà del tutto diversa che le nuove generazioni ci chiedono di concorrere non a subire ma a costruire.





### I valori del sapere prudentiale nella formazione del giurista\*



Filippo Nappi

**SOMMARIO:** 1. Scopo dell'indagine. – 2. L'esperienza applicativa come momento imprescindibile del procedimento di comprensione del dato normativo nell'ermeneutica gadameriana, e come tradizionale strumento pedagogico di facilitazione all'accesso ad un significato del dato normativo identificabile anche indipendentemente dall'esperienza applicativa. – 3. La positiva accoglienza dell'ermeneutica gadameriana nella civilistica italiana riflette un'antica sensibilità antipositivista di matrice crociana e vichiana. – 4. Sulla scia della tradizione dell'antipositivismo italiano Giuseppe Capograssi mette in luce le distorsioni sul piano formative dell'impianto educativo positivista. – 5. Recenti progressi del pensiero antipositivista e crisi del positivismo tradizionale nella civilistica italiana. – 6. Esigenza di trasferire sul piano della didattica gli esiti del progressivo allontanamento (anche) dei civilisti italiani dai postulati del positivismo. – 7. Una didattica che valorizza l'esperienza applicativa: tra modelli del passato e prospettive di sviluppo. – 8. Uno strumento formativo ancora utile per il contrasto alle pratiche discorsive vaghe e indeterminate. – 9. Anche ai testi giuridici, oltre che a quelli della "bella letteratura", è possibile attribuire un compito pedagogico che trascende il loro specifico ambito operativo: quello di fornire gli anticorpi contro le abitudini di pensiero e di linguaggio prive di concretezza e precisione.

#### 1. Scopo dell'indagine

L'uso improprio di espressioni astratte e generiche, di formule linguistiche standardizzate, l'abuso, soprattutto nel linguaggio burocratico, di nominalizzazioni che contraggono in un nome (astratto) gli elementi di una proposizione – anche quando l'acquisto di

---

\* Il presente testo è destinato agli studi in memoria di Ubaldo La Porta, in corso di pubblicazione.

concisione non compensa la perdita di comprensibilità<sup>1</sup> – hanno sempre maggiore diffusione nei correnti sistemi di comunicazione di massa e in alcuni linguaggi specialistici, a dispetto delle denunce, anche molto accorate, di letterati e linguisti. Il fenomeno è rilevato da lungo termine<sup>2</sup>. Agli anni sessanta, per esempio, risale lo slogan di Italo Calvino secondo cui “Il nemico da abbattere è la tendenza degli italiani a usare espressioni astratte e generiche”<sup>3</sup>. Esso esprime, com'è noto, un'idea piuttosto ricorrente nella produzione saggistica dello scrittore, anzi si potrebbe dire che costituisca uno dei motivi di fondo della sua produzione saggistica esercitata nel segno di un forte impegno civile. Si ritrova infatti ancora quando, in una delle celebri “Lezioni americane”, quella sull’“Esattezza”, lamenta addirittura una peste del linguaggio “che si manifesta come perdita di forza conoscitiva e d'immediatezza, come automatismo che tende a livellare le espressioni sulle formule più generiche, anonime, astratte”<sup>4</sup>. E rivela qui, nel riferimento alla perdita di forza conoscitiva del linguaggio, il suo senso più profondo, che sta nel cogliere attraverso l'espressione linguistica una insufficienza propriamente cognitiva: il rilievo, da apparentemente limitato alla tecnica comunicativa, svela ora la sua natura di critica più grave e pervasiva che investe complessivamente un'abitudine di pensiero (quella che i tedeschi, opportunamente nominalizzando, denominano *Denkgewohnheit*) a restare su un piano astratto e superficiale di cui il profilo linguistico è solo il sintomo più appariscente<sup>5</sup>. È,

<sup>1</sup> MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, 173, azzarda che questa scorretta pratica linguistica caratterizzerebbe addirittura “gli atti processuali, gli atti amministrativi e gli atti giuridici privati, oltre che gli scritti dottrinali, piuttosto che i codici”, pur riconoscendo che questa così grave condanna del lessico giuridico derivi da un giudizio intuitivo, e costituisca quindi “un'ipotesi ancora tutta da verificare”. In ogni caso rimane evidente la persistenza di un pregiudizio molto negativo sulle forme espressive della professionalità legale.

<sup>2</sup> In realtà l'esigenza di una *renovatio* della lingua, che ne ripristini l'energia comunicativa, appartiene addirittura alla cultura dell'Umanesimo e si collega inestricabilmente ai temi del rinnovamento spirituale, politico-civile e religioso: “l'anelito alla rinascita dovrà ritenersi incarnato nel *verbum*” (CACCIARI, *La mente inquieta. Saggio sull'Umanesimo*, Torino, 2019, 15).

<sup>3</sup> CALVINO, *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Torino, 1980, 122. Bisogna tuttavia rilevare che sul piano filosofico il pensiero italiano (il c.d. *Italian Thought*: cfr. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, 2016, 157 ss.) si caratterizza proprio per l'opposta tendenza a restare a stretto contatto dei problemi concreti, soprattutto della politica, facendone un motore di sviluppo: non solo nel clima culturale degli anni sessanta, a cui appartiene lo slogan calviniano, ma per una tradizione di ben più lunga durata che da Machiavelli arriva a Gramsci, includendo le esperienze dell'illuminismo riformatore, dell'hegelismo napoletano, ecc. Cfr. ID, *op. cit.*, 159; DE GIOVANNI, *Per Antonio Labriola. Postfazione a A. Labriola. Tutti gli scritti filosofici e di teoria dell'educazione*, a cura di L. BASILE e L. STEARDO, Milano, 2014, 1860 s., il quale colloca il pensiero di Antonio Labriola nel solco segnato da Bruno, Spaventa, Croce e Gentile come rappresentanti di una “pratica” della filosofia che si aggiunge, dall'interno, agli approfondimenti metafisici».

<sup>4</sup> CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, 1988, 58.

<sup>5</sup> Ed infatti inevitabilmente il rilievo trascende in un difetto strutturale del pensiero quando si afferma che “Nei discorsi approssimativi, nelle genericità, nelle imprecisioni di pensiero [...] possiamo riconoscere il diavolo come nemico della chiarezza” (CALVINO, *Note sul linguaggio politico*, in

per dir meglio, un'inclinazione del pensiero a tenersi a distanza dalla realtà dei fatti, che è patologica quando, non corrispondendo all'esigenza della logica concettuale di distanziamento dalla realtà contingente, si esprime in un linguaggio inutilmente complicato e verboso che spesso a mala pena dissimula l'intento, a volte animato da furori ideologici vissuti senza consapevolezza critica, di eludere analisi precise e pazienti imposte dal confronto con le concrete problematiche<sup>6</sup>. Insomma, il bersaglio della critica non è evidentemente l'astrattezza come espressione di un pensiero logicamente rigoroso, che costituisce invece un valore, anche estetico, particolarmente apprezzato<sup>7</sup>; ma l'astrattezza come ingiustificata mancanza di aderenza alla realtà concreta di un pensiero vago e indeterminato, il quale, a volte, per accreditarsi con il prestigio del sapere scientifico, arriva a simulare un grado alto di formalità e generalità che assolutamente non gli appartiene<sup>8</sup>.

Il fenomeno assume più spiccata evidenza nei discorsi della politica, nei quali ancora oggi, proprio negli stessi termini dell'accorata denuncia di Calvino e a dispetto di un'accresciuta sensibilità per le tecniche comunicative, balza agli occhi la tendenza a tenersi al riparo dell'impegnativo confronto con la realtà concreta, a sottrarsi alla verifica dei dati di fatto, per mantenere l'argomentazione sul piano superficiale del confronto ideologico. Ma può essere analizzato con riferimento a vari ambiti discorsivi, tra i quali anche quello giuridico. Anzi, secondo recenti indagini linguistiche, troverebbe nel lessico della professionalità legale un riscontro talmente ampio, da legittimare l'affermazione secondo cui "La scrittura giuridica è davvero il trionfo delle astrazioni"<sup>9</sup>. L'affermazione, intesa come si deve, nel senso del proliferare nella scrittura dei testi legali di un linguaggio elusivo di precisi ancoraggi alla realtà concreta, e quindi vago e indeterminato, suona davvero paradossale, se si pensa che un'antica tradizione iconografica riunisce giustizia e calcolo matematico nel simbolo della bilancia, che nel contempo simboleggia esattezza matematica e giustizia; e che quindi alla materiale concretezza e alla precisione un antico corso di pensiero sembra attribuire il ruolo di valori fondanti della giustizia<sup>10</sup>. In realtà, al

---

*Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Milano, 2018, 373).

<sup>6</sup> Sul tema, prendendo spunto dall'atteggiamento fortemente ideologizzato della critica letteraria, e riguardando il fenomeno dal punto di vista della perdita di contatto con il senso comune e con l'esercizio del pensiero critico, cfr., con analogo vigore polemico, LA CAPRIA, *La mosca nella bottiglia. Lo stile dell'anatra*, Milano, 2019, *passim* specie 39 ss.

<sup>7</sup> Lo scrittore infatti, che tante volte predica la necessità di un linguaggio aderente alla realtà concreta fino al punto di riconoscere il sintomo di un "fondo psicolinguistico reazionario" nel rifiuto di esemplificare e "parabolizzare" (I. CALVINO, *I libri degli altri*, Milano, 2022, 391), si dichiara altre volte sostenitore di "una letteratura che tenda all'astrazione geometrica, alla composizione di meccanismi che si muovono da soli, il più possibile anonimi" (Id, *op. cit.*, 520).

<sup>8</sup> MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, 171 ss., attribuisce in particolare alla scrittura giuridica questa tendenza a riprodurre il formalismo, proprio dei testi scientifici, in contesti discorsivi, di carattere del tutto diverso, in cui quella modalità espressiva, inutilmente astrante, costituisce piuttosto un ostacolo alla comunicazione.

<sup>9</sup> MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, 171.

<sup>10</sup> Proprio a quest'esigenza di una precisione concretamente misurabile, piuttosto che a quella

netto di certe evidenti esagerazioni, è incontestabile nelle pratiche linguistiche dei giuristi l'uso di uno stile fortemente incline alle astrazioni: non solo nel linguaggio del giurista accademico – per il quale a volte non è affatto agevole apprestare valide difese contro le insidie dell'astrazione –, ma finanche, e con crescente diffusione, in quello della Corte di Cassazione, soprattutto (ma non solo) quando, attraverso l'abuso di percorsi argomentativi staccati da ogni riferimento fattuale, e quindi svincolati anche dal caso oggetto della controversia, assume, essa, il ruolo tradizionalmente svolto dalla dottrina accademica, “si fa essa stessa dottrina”<sup>11</sup>. Cioè quando esercita, nella sede impropria del provvedimento giudiziario, e con riferimento all'astratto dato normativo piuttosto che alla sua concretizzazione nel caso da decidere, quella che i filologi medievali denominavano *ars explicandi*<sup>12</sup>, così cedendo all'ambigua fascinazione del pensiero astrante e confondendo il suo compito, di offrire modelli di un corretto giudizio, con quello, tradizionalmente assegnato alla competenza di un altro ceto professionale, della costruzione astratta dell'ordine concettuale dei dati normativi. Fermo restando tuttavia – ed è un rilievo di non trascurabile importanza nello sviluppo del ragionamento che intendiamo svolgere – che l'ispirazione del pensiero ai valori della concretezza e della precisione costituisce evidentemente un carattere peculiare della migliore tradizione forense, costantemente indotta a misurarsi con la realtà di concrete e specifiche problematiche, e della quale magistrati ed avvocati fanno, spesso a ragion veduta, giusto motivo di vanto. Anzi va rimarcato che le potenzialità conoscitive e comunicative della “narratività” (c.d. *storytelling*<sup>13</sup>), cioè di un sapere che si esprime nel racconto piuttosto che nella logica astratta, hanno, in ambito giuridico, proprio nelle pratiche discorsive di avvocati e magistrati, un campo privilegiato di esplicazione e di sviluppo al quale i teorici del diritto dovrebbero prestare maggiore attenzione. Mentre un certo tasso di astrattezza e indeterminatezza, insopprimibile entro certi limiti, è, con pari evidenza, connaturato al pensiero dottrinale, almeno nel suo impegno di definizione astratta del sistema normativo.

In ogni caso, per quanto riguarda le manifestazioni di questa *forma mentis* astrante in campo giuridico, è agevole individuarne almeno una ragione concorrente, e per certi

---

del pensiero astratto, sembra rispondere il valore dell'“esattezza” evocato da CALVINO, *lezioni*, cit., 57 ss. L'a. collega quest'esigenza di esattezza a quella espressa da Roland Barthes di una scienza dell'unico e dell'irripetibile: “Una *Mathesis singularis* e non più *universalis*” (Id, *op. cit.*, 64).

<sup>11</sup> In questi termini si esprime 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, II, 1519 ss. Per una manifestazione ancora più evidente di questo atteggiamento “dottrinario” cfr. NAPPI, *Un tentativo non convincente di “definitivamente chiarire” la differenza tra fideiussione e Garantivertrag*, nota a Cass. sez. un. 18.2.2010 n. 3947, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2010, parte II, 425 ss.

<sup>12</sup> Sul tema, nell'ottica di una rivisitazione dello sviluppo storico dell'ermeneutica generale, GADAMER, *Verità e Metodo*, Milano, 2001, 358 ss.

<sup>13</sup> Sul profilo dell'efficacia conoscitiva e comunicativa della “narratività” nel campo delle scienze sociali cfr. CZARNIAWSKA, *La narrazione nelle scienze sociali*, Napoli, 2018, *passim*, specie 250 ss. Cfr. anche *infra* §9.



versi paradossale ma nient'affatto secondaria, nella formazione del giurista italiano ancora profondamente radicata nel tradizionale impianto teorico del positivismo scientifico. Infatti, declinato nell'esperienza giuridica attraverso l'impianto formativo ereditato dalla pandettistica tedesca, il positivismo giuridico ha imposto una formazione del giurista tutta incentrata sull'idea che la concettualizzazione del dato normativo positivo, rendendolo maggiormente perspicuo, costituisca non solo il migliore metodo di conoscenza del diritto, conforme all'ideale conoscitivo delle scienze naturali, ma anche il migliore accesso del discente all'esperienza giuridica. Si è promosso così un apprendimento del diritto per astrazioni, mentre è rimasta ai margini del *training* formativo l'esperienza del giudizio, cioè l'attività rivolta a misurare l'astratto canone di giudizio con le concrete circostanze di fatto, rubricata alla stregua di pratica cui l'insegnamento accademico, dispensatore della scienza, intesa nel senso mitico dell'*epistème* – cioè, etimologicamente, come sapere che “sta irrefutabilmente” contro tutto ciò che vorrebbe smuoverlo<sup>14</sup> –, può dedicare tutt'al più un impegno molto secondario. Così in Italia, ancor più che in altri paesi di *civil law*, la didattica del diritto, piuttosto che alimentare un'abitudine di pensiero a misurarsi con la concretezza e specificità della realtà fattuale, ha favorito una tendenza contraria del pensiero a restare in un ambito di pure concettualizzazioni, fortemente esposte al rischio della vaghezza e indeterminatezza della vuota astrazione. Travolti dalla fede positivista in una scienza dei testi normativi, più o meno autoreferenziale, si è sottovalutato, ma più spesso è stato del tutto ignorato, e qui veniamo ad uno snodo centrale del nostro ragionamento, l'addestramento a quella forma d'intelligenza pratica, tipica della tradizione del diritto romano, la prudenza, cui la teoria della conoscenza di ascendenza aristotelica dà particolare prestigio. La “prudenza”, nelle parole di Aristotele<sup>15</sup>, infatti “non ha di mira solo gli universali [...] perché essa concerne l'azione e l'azione riguarda le situazioni particolari”. È quindi virtù analitica che impone un'osservazione precisa e ravvicinata delle circostanze in cui occorre esercitare la deliberazione prudente. I giuristi romani la conobbero nell'antica veste greca della *phronesis*, e la utilizzarono, con la denominazione di prudenza, per dare autonoma dignità culturale al sapere giuridico, *iuris-prudentia*. Questo sapere, che non s'impone con la forza coercitiva della scienza, ma usa l'arte della persuasione (del “corteggiamento” dell'interlocutore per averne il consenso<sup>16</sup>), e che, sulla base di un'antica tradizione, è vanto della cultura forense, non riesce ancora a trovare l'accoglimento che meriterebbe nelle facoltà di giurisprudenza italiane (a dispetto della loro stessa denominazione).

Ci sembra invece che proprio questo tipo di cultura, concreta e specifica, promossa dal sapere prudenziale, andrebbe incentivata nella programmazione didattica, anche perché in grado di produrre gli anticorpi contro l'astrattezza che caratterizza le pratiche discorsive nell'ambito della professionalità legale, e (contribuire a) svolgere così quel

<sup>14</sup> Sul punto SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 2020, 13.

<sup>15</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di MAZZARELLI, Milano, 2017, 241.

<sup>16</sup> Così ARENDT, *Tra passato e futuro*, Milano, 2021, 385. Vedi anche infra §7

ruolo terapeutico che nella lezione calviniana è assegnato alla buona letteratura<sup>17</sup>, quella che, nelle parole di un altro autorevole linguista, ha proprio il compito di “correggere” la distanza tra la “grossolanità” della scienza e la “sottigliezza” della vita<sup>18</sup>.

Questo rinnovamento della didattica ha vari modelli cui ispirarsi, tra cui quello di un famoso giurista tedesco, che nei primi decenni del secolo scorso, essendo già immunizzato dai condizionamenti del positivismo scienziata<sup>19</sup>, affermava che l'insegnamento del diritto deve avere come obiettivo non tanto l'acquisizione di un “possesso mnemonico [in quella forma che i pedagogisti moderni denominano “proposizionale”], quanto piuttosto in prima linea una certa disciplina mentale, una disciplina che lo renda capace di vedere esattamente il reale”<sup>20</sup>. Si esprimeva così nella didattica del diritto quella stessa esigenza di una conoscenza in grado di vincere l'astrattezza del saper concettuale per accedere all'esperienza della “sottigliezza” della realtà concreta – per riprendere l'espressione di Roland Barthes –, caldamente patrocinata da letterati e linguisti e di cui ancora

<sup>17</sup> CALVINO, o. e l. c. Riabilitando così le pratiche discorsive dei giuristi, anche dal punto di vista letterario – di una letteratura che ha funzione conoscitiva ed è testimonianza d'impegno civile –, e rinverdendo un antico prestigio documentato, per esempio, dal giudizio formulato da Francesco De Sanctis sui pregi letterari della “Scienza della legislazione” di Gaetano Filangieri (DE SANCTIS, *Storia della letteratura italiana*, a cura di GALLO, Torino, 1958, 852).

<sup>18</sup> Si fa riferimento a Roland Barthes che nella lezione inaugurale al Collège de France del 7 gennaio 1977 afferma: “La science è grossière, la vie è subtile, et c'est pour corriger cette distance que la littérature nous importe” (cfr. TABUCCHI, *Di tutto resta un poco. Letteratura e cinema*, Milano, 2020, 369. Il testo integrale della lezione di Roland Barthes non si trova nella pubblicazione dell'intero corso tenuto al Collège de France (1977-1978) contenuta nel volume BARTHES, *Il Neutro*, Milano 2022, con traduzione e introduzione di Augusto Ponzio; è reperibile tuttavia in commercio nella versione originaria: BARTHES, *Leçon*, Paris, 1978). Che la narrativa sia una forma di conoscenza è messo in evidenza anche da BRUNER, *La fabbrica delle storie. Diritto, Letteratura, Vita*, Bari, 2002, 31, avvertendo che “narrare deriva sia dal latino *narrare*, sia da *gnarus*, che è «chi sa in un particolare modo». Tuttavia l'a., mutando un suo precedente avviso, ritiene che non sia possibile mettere in relazione il “modo narrativo del pensiero [...] quello logico paradigmatico”, se non postulandone la reciproca autonomia: “Oggi ritengo che la mia entusiastica convinzione giovanile che esistessero due mondi mentali traducibili l'uno nell'altro, il paradigmatico e il narrativo, fosse profondamente sbagliata” (ID, *op. cit.*, 115 e 129, nota 19). Questa impostazione del rapporto tra conoscenza scientifica e letteratura, adottata come strumento di lettura della cultura forense, spiegherebbe la ragione per cui avvocati e giudici “non amano i complimenti sulla loro bravura narrativa” rivendicando la loro pretesa di attenersi ai “fatti logicamente evidenti”, benché “nella perorazione delle cause essi [...] creino] effetti drammatici, anzi talvolta se ne [...] lascino trasportare” (ID, *op. cit.*, 52). Naturalmente la problematica dei rapporti tra diritto, letteratura e scienza, che è oggetto del saggio di Jerome Bruner, non può essere nemmeno impostata in termini superficiali in questa sede, nella quale, per quanto riguarda il rapporto tra scienza e letteratura, si segue l'impostazione di Barthes e Calvino. Va solo detto che un forte impulso all'approfondimento della suddetta problematica può venire dall'idea di una formazione fondata sulle “narrazioni” forensi e sulla casistica “di scuola” proposta nei corsi universitari.

<sup>19</sup> Si tratta di Ernst Zitelmann celebrato da BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in ID., *Diritto metodo Ermeneutica*, Milano, 1991, 11 ss.

<sup>20</sup> E. BETTI, *op. cit.*, 52 (il corsivo è nostro).

oggi la formazione giuridica, e più in generale la sensibilità culturale degli italiani, avverte un urgente bisogno.

Un progetto di terapia del linguaggio e del pensiero nelle pratiche discorsive giuridiche deve muovere quindi dall'esigenza di tacitare il (o almeno rendere il giurista italiano più consapevole del) pregiudizio positivista – che secondo lo storico del diritto sopravvive oggi nel giurista continentale come un “subconscio scienziata”<sup>21</sup> – che ancora segna, in forme più o meno vistose, la struttura della didattica corrente (non solo in Italia), ed orientarla quindi nella direzione opposta: privilegiando il momento applicativo dell'esperienza giuridica, e quindi ripristinando il valore prudenziale del pensiero giuridico, sia nell'azione scientifica che, soprattutto, in quella didattica<sup>22</sup>.

Vedremo allora, nei prossimi paragrafi, i più rilevanti modelli della tradizione antipositivista che occorre rivitalizzare, anche per dare un più profondo fondamento al progressivo allontanamento dai postulati del positivismo giuridico ormai ad uno stadio di sviluppo abbastanza avanzato anche in Italia. E così, traendo spunto anche da esperienze formative risalenti addirittura alla fine del secolo decimonono, prospetteremo un rinnovamento della didattica ispirato ai valori della concretezza e precisione del sapere prudenziale.

## **2. L'esperienza applicativa come momento imprescindibile del procedimento di comprensione del dato normativo nell'ermeneutica gadameriana, e come tradizionale strumento pedagogico di facilitazione all'accesso ad un significato del dato normativo identificabile anche indipendentemente dall'esperienza applicativa**

Va ascritto ad Hans Georg Gadamer il merito di avere riportato in auge nell'era moderna l'uso del termine prudenza nel significato assunto nella tradizione del diritto romano e pervenuto a noi nel sintagma giuris-prudenza.

L'illustre filologo tedesco ha infatti sostenuto che proprio l'ermeneutica giuridica, come forma di conoscenza che continuamente si conforma alle concrete contingenze, possa essere posta a modello dell'ermeneutica delle scienze dello spirito e costituire quindi la traccia su cui ridefinire il concetto di ermeneutica generale. Il sapere giuridico riguadagna così una centralità nell'indagine su un tipo di conoscenza che si oppone a

---

<sup>21</sup> Così si esprime GROSSI (*Oltre le mitologie giuridiche della modernità, in Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 74) per rappresentare la pervicace inclinazione del giurista europeo continentale a trascurare il momento applicativo dell'esperienza giudica.

<sup>22</sup> Sul tema in generale cfr. da ultimo NAPPI, *Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: per il superamento del modello positivista di formazione del giurista*, in Studi in onore di Paolo Zatti, in corso di pubblicazione.

quella della scienza cartesiana, contestandone, nel solco di una lunga tradizione che fa capo a Gianbattista Vico<sup>23</sup>, la pretesa di esercitare il monopolio del sapere scientifico.

Ma il giurista continentale, formato, come si è detto, sulla base dei postulati del positivismo scientifico, vede così del tutto sconvolto il suo sistema di riferimento teoretico, e soprattutto si vede costretto a rinunciare all'idea di poter costruire un'astratta scienza dei testi normativi, che prescindendo cioè dall'esperienza dell'applicazione del testo ad un caso concreto. La quale applicazione invece, nel contesto del sapere prudenziale, diventa proprio essa il fulcro dell'esperienza conoscitiva del diritto. Ad una forma di conoscenza che esalta l'astrattezza del concetto e riduce i testi normativi entro un ferreo sistema di concetti, se ne oppone un'altra che – rivendicando il dominio delle scienze dello spirito – invece esalta la precaria vitalità della contingente esperienza applicativa (*Applikationsstruktur des Verstehen*), asservendo ad essa il sistema concettuale degradato a mero supporto pratico dell'esperienza applicativa.

Bisogna tuttavia subito chiarire che proprio nel significato pedagogico, che qui particolarmente interessa in quanto strumento di contrasto di un costume di pensiero astratto ed indeterminato, il termine ed il concetto di prudenza hanno conservato, anche nell'era dello strapotere della razionalità cartesiana, e quindi prima della riabilitazione gadameriana, una certa consuetudine d'uso. Essa emerge, nel suo lungo peregrinare attraverso il diritto romano fino alla precettistica dell'etica cristiana, lasciando forti tracce della pratica del termine e del concetto finanche nella sensibilità pedagogica di Giambattista Vico e di Immanuel Kant. Proprio in relazione a quest'ultimo vale la pena di osservare che nella sistematica kantiana, si recepisce e si conferma la vocazione della prudenza a costituire la base di una pratica didattica peculiare delle scienze dello spirito. Nella parte applicativa e pedagogica della "Critica della ragion pratica" infatti si propone di "procurare alle leggi della ragione pura pratica un adito allo spirito umano, un influsso alle massime di esso" – passando così attraverso la "porta" della scienza (*Wissenschaft*) alla pratica e all'insegnamento della saggezza (*Weisheitslehre*) –; e si definisce questo operare "soggettivo" della ragione pratica, come "ragione pratica prudenziale"<sup>24</sup> – opposta, come si è accennato, alla razionalità puramente teoretica, ma anche, si badi bene, distinta anche dalla contigua razionalità tecnica della tecnologia nel senso più corrente del termine – in grado, attraverso il contatto degli astratti principi della ragione pura pratica con l'esperienza concreta degli individui, cioè attraverso l'esperienza del giudizio, di "far entrare uno spirito ancora rozzo, oppure inselvaticchito, nella carreggiata del moralmente buono"<sup>25</sup>. Ed in questo contesto Kant rimarca l'esigenza di tenere ben distinta la scienza, custodita dalla filosofia, dalla pratica applicativa destinata all'insegnamento nella forma di una *Weisheitslehre* (dottrina della saggezza<sup>26</sup>). La teoria dell'agire morale in questa

<sup>23</sup> Sul tema è stato tradotto di recente in italiano un fondamentale saggio di Auerbach dal titolo "Vico alle prese con Cartesio" in AUERBACH, *Letteratura mondiale e metodo*, Milano, 2022, 101 ss.

<sup>24</sup> Cfr. LANDUCCI, *op. cit.*, XV.

<sup>25</sup> KANT, *Antropologia pragmatica*, Roma-Bari, 2009, 329.

<sup>26</sup> La saggezza viene definita come "l'idea dell'uso pratico della ragione perfettamente d'accor-

prospettiva tuttavia segue ancora “l’idea platonica del bene come vuota universalità”<sup>27</sup> e non si conforma all’insegnamento aristotelico, secondo cui “il bene si presenta all’uomo sempre nella concretezza particolare delle singole situazioni in cui viene a trovarsi [... per cui] un sapere generale che non sa applicarsi ad una situazione concreta rimane privo di senso e anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che nella situazione si fanno sentire”<sup>28</sup>. La prudenza insomma in questa versione kantiana, in conformità con la natura del formalismo etico kantiano di matrice fondamentale del positivismo giuridico, si limita a governare una pratica applicativa che, in coerenza appunto con i postulati del positivismo giuridico, rimanda all’astratta conoscenza concettuale dei testi normativi come esclusiva forma della loro conoscenza e semplicemente costituisce un mero ausilio pedagogico all’apprendimento.

Insomma l’esercizio dell’intelligenza prudentiale, piuttosto che come alternativo modulo conoscitivo, si presenta più umilmente come veicolo meramente pedagogico di accesso alla conoscenza per menti “rozze”, o “inselvaticchite”, cioè per menti non addestrate a recepire l’energia astratta dei concetti della scienza e, solo sotto questo profilo, cioè come strumento di accesso all’astrattezza concettuale, anche come antidoto alle perversioni dell’astrattezza. A questo ambito appartengono le indicazioni pedagogiche rinvenibili nell’esperienza didattica della pandettistica tedesca che in Italia ebbe l’entusiastica accoglienza di Emanuele Gianturco. Invece è del tutto diverso l’atteggiamento di chi nel secolo scorso, sulla scia dell’insegnamento di Gadamer, si è mostrato disponibile ad accogliere nella pienezza del suo valore conoscitivo questa riproposizione dell’intelligenza pratica, consegnata dalla tradizione del pensiero prudentiale, la quale del resto proprio dall’esperienza del giudizio giuridico ha tratto ispirazione.

Accade infatti che, pur senza esplicitamente seguire la traccia segnata dal concetto di prudenza giuridica, al paradigma del giudizio prudentiale si faccia inevitabilmente riferimento – e non già nella sua limitata funzione pedagogica (la quale anzi viene del tutto trascurata) – quando si propone d’innovare il pensiero giuridico tradizionale, educato dalla scuola pandettistica all’astrattezza del sapere concettuale del positivismo scientifico<sup>29</sup>, proprio innervando nell’ermeneutica giuridica la concreta esperienza fattuale e le sue specifiche esigenze. Il testo normativo, afferma Mengoni, sulla scia di Josef Esser “non si lascia comprendere con i soli strumenti dell’analisi del linguaggio, ma solo quan-

---

do con la legge” KANT, *op. cit.*, 87. Analoga esigenza era stata avvertita in precedenza da Gianbattista Vico il quale si era ripromesso di aggiungere, nella seconda edizione della sua “Scienza nuova” – senza tuttavia realizzare questo programma –, una “pratica” al fine “di soccorrere alla prudenza umana”, cioè allo scopo di soddisfare quell’esigenza, tipica delle c.d. scienze attive - che così sono denominate perché “dipendono dall’umano arbitrio” – di fornire orientamenti per la pratica attuazione dei precetti della scienza: cfr. CROCE, *La filosofia di G.B. Vico*, Bari, 1965 105 da cui sono tratti i passi tra virgolette.

<sup>27</sup> GADAMER, *op. cit.*, 363.

<sup>28</sup> GADAMER, *op. cit.*, 364.

<sup>29</sup> MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3.

do l'interprete in relazione ad un caso (reale o pensato) di applicazione pratica sia riuscito a capire la questione cui il testo risponde<sup>30</sup>. E a conferma di quanto questo requisito di concretezza fattuale sia avvertito come un dato ontologico del pensiero giuridico – tanto da essere inconcepibile una “scienza” del diritto che ne possa prescindere –, proprio in epigrafe al saggio sul metodo giuridico, che introduce nella civilistica italiana i principi dell'ermeneutica gadameriana, è riportato un passo di “Verità e Metodo” in cui si esalta il ruolo dell'ermeneutica di “produrre la concretezza del diritto”<sup>31</sup>.

### **3. La positiva accoglienza dell'ermeneutica gadameriana nella civilistica italiana riflette un'antica sensibilità antipositivista di matrice crociana e vichiana**

Le indicazioni dell'ermeneutica gadameriana collocano l'impostazione metodologica di Luigi Mengoni esplicitamente al di fuori del positivismo giuridico e costituiscono ancora oggi la più completa e avanzata traduzione del verbo gadameriano nella metodologia del diritto civile, benché realizzata, con riserve, anche notevoli, che tuttavia non ne inficiano i caratteri essenziali. Ma non si può dire che la cultura giuridica italiana, come del resto la tedesca, e la civilistica in particolare, non avessero già manifestato almeno segni di insofferenza verso la credenza positivista che il sapere giuridico possa essere racchiuso integralmente nel dato positivo e che lo studio di questo dato, trattato alla stessa stregua delle realtà naturali, possa costituire oggetto d'indagine con i medesimi criteri delle scienze naturali, mentre l'applicazione del dato normativo discenderebbe dalla scienza dei testi con il medesimo automatismo che segna il rapporto tra scienza e tecnica. Quest'impostazione, se non proprio del tutto congedata, è stata, anche in Italia, messa radicalmente in crisi, sulla scia della dottrina tedesca, che in vari movimenti di pensiero – da cui più direttamente trae spunto la posizione metodologica mengoniana – in vario modo hanno rivalutato l'attività applicativa: attribuendole un ruolo che trascende la mera esecuzione di un progetto di giudizio applicativo già tutto implicitamente contenuto nelle proposizioni normative. Ed anzi proprio da esse trae spunto la ricostruzione gadameriana che estende all'ermeneutica generale i risultati a suo avviso conseguiti dall'ermeneutica giuridica.

Non può quindi condividersi, almeno nella sua absolutezza, l'assunto<sup>32</sup> che il movimento di revisione del dogma positivista del ruolo del testo normativo, il diritto positivo, come oggetto della conoscenza scientifica, sia stato anticipato in Italia dalla distinzione ascarelliana tra testo e norma, cioè dall'idea che la norma non esista nemmeno prima

<sup>30</sup> MENGONI, *Ermeneutica generale ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 16. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, traduzione di ZACCARIA, PATTI; introduzione di RESCIGNO, Camerino, 2010, 134.

<sup>31</sup> GADAMER, *op. cit.*, 63.

<sup>32</sup> MENGONI, *Ermeneutica*, cit. 16 s.

della sua applicazione: «vive come “norma” solo nel momento in cui viene applicata»<sup>33</sup>. Infatti la portata innovativa di queste affermazioni si ridimensiona alquanto se lette nel contesto di una sensibilità antipositivista che in Italia ha avuto il suo nucleo originario nell’insegnamento di Benedetto Croce.

È invece incontestabile che un antico e potente antidoto contro l’orgoglio “scienziasta” del giurista di *civil law*, e le conseguenze che ne derivano sul suo stile di pensiero, sia offerto proprio dalla concezione crociana del diritto e della sua “scienza”, nella quale si riflette, con piena evidenza, “un tratto costante della *forma mentis* crociana [costituito dall’...] avversione per le astrattezze”<sup>34</sup>. Si è detto che “l’idealismo storicistico fu la via attraverso la quale si sviluppò in Italia la crisi del positivismo giuridico”<sup>35</sup>; mentre in Francia Gény criticava i dogmi del positivismo giuridico richiamandosi a Bergson, in Italia analogo punto di riferimento fu trovato in Benedetto Croce<sup>36</sup>. La critica del filosofo s’incentra proprio sulla sopravvalutazione dei testi normativi, ragguagliati dai giuristi, per effetto di un “idolo dell’immaginazione”, al rango delle leggi economiche e quindi dotati di una consistenza fenomenica, che invece tutta si esaurisce nella concreta ed individuale azione giuridica<sup>37</sup>. Questa falsa visione della realtà normativa, integralmente racchiusa nei testi, spiega, con tutta evidenza, l’illusione – che sconcerta anche il giurista di

<sup>33</sup> ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 140.

<sup>34</sup> D’ANGELO, *Il problema Croce*, Macerata, 2015, 16. A proposito di Croce, discorre di un “culto della realtà e concretezza storiche” lievitato da “un energico rispetto della forza e del fatto, culturalmente stimolato dagli studi su Marx e dall’amicizia col Labriola”, CONTINI, *L’influenza culturale di Benedetto Croce*, Pisa, 2013, 73.

<sup>35</sup> BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, cit., 225

<sup>36</sup> Così BOBBIO, *o. e l. c.* L’a. (*o. e l. c.*) rileva inoltre che l’influenza di Croce sul lavoro dei giuristi operò tra l’altro nell’affermarsi dell’idea che l’interpretazione giuridica non sia “riproduzione meccanica di un testo una volta per sempre posto e staccato dal contesto storico in cui era sorto, ma come creazione continua nel processo di adattamento del testo alla realtà storica in movimento”. Come si vedrà, questo rilievo dell’influenza crociana sui giuristi italiani – i quali furono “risvegliati per opera dell’idealismo dal sonno dogmatico” (*Id., op. cit.*, 226) – non è negli stessi termini riconosciuto almeno da una parte della più recente storiografia. Va anche notato che le suddette considerazioni di Bobbio sono occasionate dalla celebrazione della figura di Tullio Ascarelli, nei confronti del quale andrebbero rimarcati accanto alla benefica influenza di Croce (*Id., op. cit.*, 225 s.), anche il ruolo di precursore di vari profili dei più recenti orientamenti sullo statuto del sapere giuridico proposti da Perelman e Gadamer: non solo nella famosa distinzione ascarelliana tra testo e norma (come puntualmente rilevato da Mengoni, ma anche per esempio nella felice intuizione della riconduzione del sapere giuridico al paradigma conoscitivo della saggezza piuttosto che a quello della scienza (cfr. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 82). Per un’appassionata rappresentazione della geniale e multiforme personalità di Tullio Ascarelli cfr. di recente MAZZAMUTO, *Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei. Contrappunto novecentesco*, in *Annali Univ. Suor Orsola Benincasa*, Napoli, 2020, 141 ss.

<sup>37</sup> CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell’economia*, Milano, 2016, 48. Sul tema è molto utile, per un primo approccio, la voce “Diritto” di NITSCH in PELUSO (a cura di), *Un breviario filosofico-politico per il futuro*, Napoli, 2016, 137 ss.

*common law*<sup>38</sup> – di rinvenire all'interno dei testi normativi una verità scientifica secondo modalità analoghe a quelle di chi indaga i fenomeni naturali. L'illustre filosofo chiarisce infatti che "Tanto l'elemento astratto è inessenziale al diritto, che questo non nasce davvero se non nel momento che l'astratto e il generale sono abbandonati e sostituiti dall'individuazione. [...] Il diritto non è la legge che dorme nel codice, ma la legge a cui si pone mano, e che cessa così di essere alcunché di generale e diventa un'azione individuale"<sup>39</sup>.

In quest'ottica il testo normativo si nutre, nella sua evoluzione, del dato fattuale di riferimento: solo apparentemente l'elaborazione dei giuristi procede dalle astrazioni legislative verso la realtà fattuale, accade invece che "l'astratto, o la legge, a forza di essere immerso nell'azione individuale, nel risalire poi alla sua dignità di astrazione, vi torna sempre per qualche parte modificato: donde la continua mutazione della legge per opera dell'interpretazione [...]"<sup>40</sup>.

Come si vede è completamente delegittimata l'idea che i testi normativi possano essere oggetto di un'autonoma scienza del diritto; tanto che poi si avverte l'esigenza di chiarire che non si vuole mettere in discussione l'utilità di un impianto normativo fondato sui testi legali e pretendere di sostituirlo con un altro fondato sulla "sentenza emessa caso per caso opera dell'ispirazione del giudice"<sup>41</sup>. Insomma, il filosofo non contesta il modo di operare del giurista (di *civil law*)<sup>42</sup> – cioè il suo procedere da un'elaborazione razionale, per (pseudo)concetti ordinati sistematicamente, dei testi normativi, alla quale è riconosciuta un'utilità pratica – ma il modo del giurista di teorizzare il suo lavoro: trattando i testi normativi come oggetto di una ricerca scientifica che si esaurisce all'interno del testo, restando separata dal momento applicativo, cioè dalla prassi in cui si realizza l'essenza del diritto<sup>43</sup>.

Non si può dire tuttavia che queste fini considerazioni crociane di stampo radicalmente antipositivista abbiano esercitato sulla cultura giuridica italiana tutta la loro energia dirompente. Alla riflessione crociana sul diritto i giuristi italiani, com'è noto, hanno opposto, sul piano filosofico, non poche riserve, e su quello della pratica scienti-

<sup>38</sup> MERRYMAN, *Lo "stile italiano": la dottrina*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1966, 1189.

<sup>39</sup> CROCE, *op. cit.*, 50, in assoluta sintonia con l'orientamento antipositivista che nello stesso toro di anni si diffonde nella dottrina giuridica tedesca: cfr. ad esempio SCHÖNFELD, *Il sogno del diritto positivo*, in *Archiv für die civilistische praxis*, 1931, *passim*, specie 42 ss. citato da LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, 158.

<sup>40</sup> CROCE, *o. e l. c.*

<sup>41</sup> CROCE, *op. cit.*, 51

<sup>42</sup> Il quale, tra l'altro, viene anche difeso contro l'accusa di trascurare il fondamento sociologico del testo normativo, perché appunto questa considerazione del substrato sociologico delle regole normative è proprio ciò che il giurista "persegue ed ha sempre perseguito con le sue interpretazioni" (B. CROCE, *o. e l. c.*).

<sup>43</sup> SCARPELLI, in AA. VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere*, Napoli, 1987, 213, riconosce alla concezione crociana della scienza del diritto il merito di aver dato un "notevole impulso" all'affermazione presso i giuristi del valore pragmatico della loro attività di elaborazione dei testi normativi.



fica un ossequio, quando c'è stato, più formale che sostanziale<sup>44</sup>. Per esempio l'affermazione della natura di pseudoconcetti dei concetti giuridici è sovente rimasta un formale ossequio alla filosofia dominante privo di (evidenti) conseguenze pratiche; il rapporto tra elaborazione dei testi e applicazione, soprattutto nell'esperienza didattica sottoposta al dominio esclusivo del manuale, è rimasta definita nei termini tradizionali suggeriti dalla relazione scienza-tecnica nel campo delle scienze della natura<sup>45</sup>. Mentre il pensiero crociano avrebbe imposto una valorizzazione del momento applicativo – quello in cui, nelle parole del filosofo abruzzese, molto prima che nelle formulazioni dell'ermeneutica gadameriana, il fenomeno giuridico si esprime nella sua reale portata – ed un ridimensionamento della dommatica, destituita del suo rango di scienza e valorizzata invece come tecnica ausiliare, secondo il programma formativo adottato, come subito vedremo, in Germania da un giurista aperto all'esperienza anglosassone<sup>46</sup>.

È accaduto invece che l'influsso della cultura neoidealista sull'insegnamento del diritto in Italia, si sia riscontrato, al contrario, nella sua sottovalutazione dell'apprendimento pratico e delle sue potenzialità pedagogiche, avvertite in precedenza da Gianbattista Vico – che esprime il progetto di aggiungere, nella seconda edizione della sua “Scienza nuova”, un paragrafo dedicato alla “pratica” – e poi, come si è visto, teorizzate da Kant, e contestate invece da Croce con l'affermazione che “la contemplazione è la sola pratica che la Scienza nuova possa dare”<sup>47</sup>.

Ma a proposito di quest'apertura alle ragioni della pedagogia da parte di Vico è il caso qui di rimarcare che essa esprime un motivo non trascurabile della sua avversione al modello matematico della scienza cartesiana, la quale acquisisce “la sicurezza del

<sup>44</sup> Resta fondamentale al riguardo il saggio di PUGLIATTI, *La giurisprudenza*, cit., 102 ss. Per l'influsso del pensiero crociano sulla dottrina italiana, che aprì un percorso tipicamente italiano contro il positivismo giuridico, cfr. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, cit., 225 ss.

<sup>45</sup> Cfr. ad esempio PUGLIATTI, *op. cit.*, 109 ss. in cui all'elaborazione dei testi normativi viene riconosciuto il valore di “scienza”, mentre l'uso della formula degli pseudoconcetti lascerebbe “dubitare che essa sia stata accettata nella sua reale portata” (cfr. PARESCHE, *Presentazione*, in PUGLIATTI, *op. cit.*, VI). Certamente la formula “scienza pratica”, che vuole esprimere la sintesi indissolubile tra attività teoretica (conoscere) e attività pratica (operare) sulla base della conoscenza (PUGLIATTI, *op. cit.*, 109), non trova piena rispondenza nell'intento di tenere ancora distinti, in prospettiva tipicamente positivista, il momento dell'approccio alla formulazione dei testi (scienza) da quello dell'applicazione al caso singolo (arte) (Id, *op. cit.*, 140). Più strettamente crociana appare la posizione di CICALA, *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, 172 nota 360, nel proteggere l'espressione “pseudoconcetti” da equivoci sul valore dei concetti giuridici. L'a. dichiara la sua adesione senza riserve di alcun genere alla posizione crociana sulla natura dei concetti giuridici, sottolineandone la natura di (pseudo)concetti empirici. (Sul punto con la consueta chiarezza CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1981, 22, secondo cui gli pseudoconcetti, come finzioni intellettuali, sono “razionali a [...loro] modo, praticamente”; fermo restando che anche in questa loro funzione pratica essi non incidono direttamente sulla percezione della realtà concreta, ma solo “in via indiretta e sussidiaria” per il tramite di un giudizio individuale”: Id, *op. cit.*, 150).

<sup>46</sup> Ci riferiamo a Ernst Zitelmann: cfr. *infra* in questo stesso paragrafo.

<sup>47</sup> CROCE, *La filosofia*, cit., 105.

suo procedere [...] a spese della realtà”<sup>48</sup>. Si prepara così, secondo il filosofo napoletano, “una generazione vuota e presuntuosa, saccente e non sapiente, razionatrice e povera di verità”<sup>49</sup>. Ed i riflessi di quest’impostazione sono evidenti poi nella polemica di Capograssi ai risultati pedagogici della scienza giuridica positivista fondata sul medesimo paradigma cartesiano: il produrre una conoscenza “esterna” e puramente “letteraria”<sup>50</sup>.

#### 4. Sulla scia della tradizione dell’antipositivismo italiano Giuseppe Capograssi mette in luce le distorsioni sul piano formative dell’impianto educativo positivista

Ma è proprio con Giuseppe Capograssi, nel contesto di una cultura europea in cui l’ideale positivista è ormai gravemente in crisi, che si fa strada nella *forma mentis* del giurista italiano, educato proprio a quell’ideale dalla pandettistica tedesca, l’esigenza della cultura umanistica di sottrarsi ai modelli astratti della scienza cartesiana, e ricercare forme conoscitive più aderenti alla concretezza di una realtà affatto differente da quello oggetto di studio da parte degli scienziati della natura. Si direbbe che l’esigenza di un pensiero concreto e aderente alla realtà che anima la poetica calviniana dalla quale ha preso le mosse il nostro discorso abbia in ambito giuridico una rispondenza precorritrice e approfondita nel pensiero di Giuseppe Capograssi.

Nutrito dell’insegnamento crociano, questo sedicente “filosofo ignorante”<sup>51</sup> – nel senso, d’ispirazione voltairiana, di chi diffida dalle vuote speculazioni metafisiche per attenersi alla conoscenza empirica della realtà – rileva che il corrente positivismo giuridico, incentrando l’analisi del diritto sul dato astratto della norma isolato nella sua specificità, ne disperde irrimediabilmente la reale concretezza<sup>52</sup>. La quale si recupera solo risalendo dal prodotto alla sua origine, cioè all’attività umana “volta ad instaurare o a confermare il fenomeno giuridico”<sup>53</sup>. Un ordinamento, da questo punto di vista, non si esaurisce in un complesso di norme, ma ricomprende tutta l’esperienza giuridica nella sua articolata complessità: un insieme di attività umane e di soggetti che non solo pongono leggi formalmente valide, ma stabiliscono in termini concreti la volontà obiettiva, risolvono l’incertezza a cui le controversie danno luogo, applicano le sanzioni, esercitano diritti, ecc.<sup>54</sup>. Da questa prospettiva il sistema normativo staticamente inteso, lungi

<sup>48</sup> In questi termini Croce riferisce un’osservazione di Vico: B. CROCE, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>49</sup> È questo il giudizio di Vico sugli effetti di una formazione ispirata ai principi della metodologia cartesiana nelle parole di B. CROCE, *op. ult. cit.*, 214.

<sup>50</sup> Cfr. *supra* in questo §.

<sup>51</sup> È uno dei tanti modi in cui amava definirsi Giuseppe Capograssi: cfr. MERCADANTE, *Introduzione a CAPOGRASSI, La vita etica*, a cura di MERCADANTE, Milano, 2008, cit., X.

<sup>52</sup> ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, Padova, 1976, 86.

<sup>53</sup> ZACCARIA, *o. e l. c.*

<sup>54</sup> PUNZI, *Dialettica Persuasione Verità. La pratica della ragione giuridica negli scritti postumi di*

dall'esaurire l'orizzonte dell'esperienza giuridica – secondo la prospettiva del positivismo legislativo –, non ha in essa nemmeno un ruolo dominante perché questo ruolo è assunto dal processo “attraverso cui transita il cammino del pensiero comune verso la verità”<sup>55</sup>: ricercata, attraverso la narrazione del fatto, la produzione del documento, l'ascolto della testimonianza, la disposizione della perizia, la revisione del giudizio, da un lato; l'interpretazione delle disposizioni, il richiamo dei precedenti, il confronto con la dottrina, la ricerca dei principi, la previsione delle conseguenze pratiche della soluzione prospettata, dall'altro<sup>56</sup>.

Per quanto ci riguarda, la riflessione capograssiana va soprattutto considerata per il suo affermare, nel solco della critica crociana, ma con passione di giurista e soprattutto con spirito costruttivo, l'inadeguatezza della scienza del diritto, riduttivamente intesa come sistema di concetti a base normativa, a cogliere la reale complessità dell'esperienza giuridica, e quindi, per quanto ci sembra di poter trarre dal punto di vista della didattica, a fungere da strumento di complessiva educazione del giurista. Rileva Capograssi che questo ridurre l'esperienza giuridica all'asettico dato normativo “fa apparire all'individuo passionale ed emozionale la esperienza giuridica come nemica della vita interiore del soggetto”, alimentando l'idea che l'astratto formalismo del comando normativo si presti ad essere ridotto a “mezzo per qualunque fine” al servizio delle “astuzie degli uomini interessati”, e generando così il disfavore “delle anime pure e degli uomini semplici”<sup>57</sup>. Insomma, diremmo che l'angolatura di questa penetrante critica del corrente positivismo mostri con particolare evidenza l'idoneità, che tuttavia nel discorso dell'insigne giurista rimane piuttosto implicita, della corrente scienza del diritto a farsi da fondamento della didattica e svolgere correttamente la sua funzione. Al contrario, una didattica fondata su una scienza del diritto di questo genere, e cioè la didattica ancora attualmente impartita nell'università, può formare quelli che Capograssi definisce “addottrinati”, quando vivacemente denuncia “il diaframma invalicabile che divide l'astrattezza dell'esperienza analizzata, ma non vissuta, dell'addottrinato, alla concretezza dell'esperienza individuale”<sup>58</sup>. Insomma l'addottrinato ha dei reali problemi giuridici, purtroppo proprio come ancora accade al nostro studente, una «conoscenza esterna e puramente “letteraria”»<sup>59</sup>, quell'apprendimento che potrebbe conseguire un'intelligenza artificiale nutrita di dati testuali: non riesce cioè, nel suo processo di apprendimento a beneficiare del contributo dell'esperienza emotiva, affinando, attraverso la soluzione di concrete problematiche, la sensibilità ai valori e ai conflitti d'interessi di cui la norma, nella sua gelida astrattezza, conserva solo una vaga e generica traccia.

---

Giuseppe Capograssi, in CAPOGRASSI, *op. cit.*, 842.

<sup>55</sup> PUNZI, *op. cit.*, 845.

<sup>56</sup> PUNZI, *op. cit.*, 849 s.

<sup>57</sup> Le parole tra virgolette sono di CAPOGRASSI, L'esperienza giuridica, in Id., *La vita etica*, cit., 868.

<sup>58</sup> ZACCARIA, *op. cit.*, 41.

<sup>59</sup> Le parole tra virgolette sono di ZACCARIA, *o.e l. c.*

## 5. Recenti progressi del pensiero antipositivista e crisi del positivismo tradizionale nella civilistica italiana

Il discorso, lungi dall'esaurirsi in queste brevi notazioni, potrebbe essere molto ampliato ed approfondito, ma in questa sede, di considerazioni sull'esigenza di pratiche didattiche funzionali all'eliminazione di abitudini di pensiero diffuse nel costume linguistico degli italiani in generale e dei giuristi in particolare, non occorre una trattazione esauriente del tema; vale la pena soltanto aggiungere, alle considerazioni finora svolte sulle risalenti origini del suddetto orientamento di pensiero, che di recente esso, proprio tra i civilisti, si è approfondito e nutrito della pratica delle tecniche dell'analisi del linguaggio. Si è così ribadita e radicalizzata la critica all'idea che i testi normativi, come fatto prodotto dal legislatore, possano essere considerati depositari di una oggettiva realtà giuridica da accertare secondo i moduli della conoscenza scientifica<sup>60</sup>. E restaurata la convinzione delle "epoche prepositivistiche, in cui soltanto i fatti erano fatti e il diritto era solo il discorso che il legislatore divino, o la retta ragione, o il principe, o gli usi, o il giudice, o l'interprete, o le parti, conducevano sui fatti"<sup>61</sup>. L'esistenza di una realtà giuridica oggettiva ragguagliabile all'oggetto di studio delle scienze della natura, imprescindibile presupposto del positivismo giuridico, è ormai per il civilista italiano, immerso nel clima culturale della c.d. svolta linguistica, "una fantasiosa fola"<sup>62</sup>. Egli non crede più in un sistema di soluzione dei problemi contenuto integralmente nel testo, ma che nel testo sia solo contenuto "un criterio razionale oggettivo e controllabile per pervenire [attraverso argomentazioni che s'ispirano a questo criterio generale] alla regola del caso"<sup>63</sup>. E ritiene che ciò assicuri "non soltanto il massimo di giustizia consentito nell'ordinamento dato, ma anche la possibilità di attendibile predizione di ciò che un giudice saggio [diremmo prudente] stabilirà, e quindi di efficiente orientamento dei comportamenti"<sup>64</sup>. Tutto ciò reso in una formula, si traduce nell'affermazione che non è "più possibile continuare a pensare che il diritto sia nel fatto [del legislatore] discusso e non nel discorso che ne discute"<sup>65</sup>. La gerarchia, che assegna il rango della scientificità alle descrizioni dei dati normativi ed un ruolo subordinato alla pratica applicativa, viene evidentemente rovesciata: salgono agli onori della scienza anche le strategie difensive degli avvocati, benché si avverta che "Scienza sembra essere un lessema indissolubilmente legato al sapere, piuttosto che al decidere"<sup>66</sup>. Varrebbe la pena di aggiungere, ci sembra, che il decidere appartiene, secondo un'antica tradizione, al dominio della prudenza e che quindi la prassi forense, a maggior titolo della "scienza" degli accademici positivisti appartiene

<sup>60</sup> GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, *passim*, specie 79 ss.

<sup>61</sup> GENTILI, *op. cit.*, 89.

<sup>62</sup> GENTILI, *o. e l. c.*

<sup>63</sup> GENTILI, *op. cit.*, 351.

<sup>64</sup> GENTILI, *o. e l. c.*

<sup>65</sup> GENTILI, *op. cit.*, 90 s.

<sup>66</sup> GENTILI, *op. cit.*, 168.

alla tradizione del sapere giuridico, ne esprime l'originaria e genuina identità, forzata invece entro gli schemi delle scienze della natura dalla pandettistica tedesca allo scopo di fornire al sapere giuridico una scientificità che non gli appartiene.

D'altra parte bisogna anche mettere nel conto che nella civilistica italiana<sup>67</sup> il positivismo giuridico, nutrito dell'analisi del linguaggio e quindi proficuamente corroborato dal pragmatismo anglosassone, ed intonato ai più recenti svolgimenti della filosofia della conoscenza – tendenti a rimarcare maggiormente le analogie piuttosto che le differenze di metodo tra scienze della natura e scienze dello spirito<sup>68</sup> – si mostra incline ad abbandonare il suo orgoglioso atteggiamento scienziista nell'assumere la colorazione del "nichilismo o relativismo storicistico" e quindi nel problematizzare la tematica della "soggettività interpretante": si riconosce che l'interprete, inteso come "operaio addetto al passaggio dalle proposizioni primarie alle proposizioni derivate, è uno spettro irreali fuori dal tempo e dallo spazio"; e che in sostanza il prezzo ineludibile dell'orgoglio scienziista sia la condanna del sapere giuridico "a una sorta di algebrica frigidità"<sup>69</sup>. Può darsi che, così revisionato, il positivismo giuridico non muoia, come ci avverte l'illustre civilista cui si deve questa rinnovata versione della scienza del dato positivo<sup>70</sup>, ma certamente perde l'orgoglio cartesiano su cui è fondata la sua antica tradizione, e nella didattica si rende ancora meno credibile la sua resistenza in forme in cui il suo tradizionale impianto subisce solo qualche lieve correttivo.

Trova conferma insomma anche nei più recenti sviluppi della riflessione dei civilisti italiani quella rivalutazione della pratica applicativa che segna il movimento di pensiero antipositivista e che in Italia ha avuto in Gadamer, un sostenitore particolarmente ascoltato dai giuristi, anche per aver tratto proprio dall'ermeneutica giuridica, e dal paradigma conoscitivo della prudenza, che nella più antica tradizione pre-scienziista caratterizza il sapere giuridico, lo spunto per generalizzare a ogni esperienza ermeneutica l'idea della struttura applicativa della comprensione (*Applicationsstruktur der Verstehen*), ridando alla pratica dei giuristi un prestigio culturale che vanamente aveva ricercato nel trattare i dati normativi alla stessa stregua della realtà naturale e nella pretesa di una conoscenza prodotta con lo stesso metodo della scienza della natura. E proprio dall'impostazione gadameriana – ed in sintonia con la concezione crociana di un sistema tutt'altro che chiuso e definito, ma aperto alle contingenze della storia e disposto a ridefinirsi in funzione della soluzione dei problemi concreti che il processo storico evidenzia di volta in volta<sup>71</sup> - la civilistica italiana ha tratto la più articolata traduzione in termini di

<sup>67</sup> IRTI, *La filosofia di una generazione*, in Id., *Diritto senza verità*, Bari, 2011, 89 ss.

<sup>68</sup> Cfr., per una chiara e sintetica esposizione dei filoni di ricerca che conducono ad una teoria unificata del metodo scientifico, FRANCO, *Per la storia della convergenza tra l'epistemologia di Popper e l'ermeneutica di Gadamer. Postfazione a* ANTISERI, *Epistemologia ed ermeneutica, Il metodo della scienza dopo Popper e Gadamer*, Brescia, 2017, 101 ss.

<sup>69</sup> IRTI, *op. cit.*, 93 s.

<sup>70</sup> IRTI, *op. cit.*, 103.

<sup>71</sup> GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di Benedetto Croce*, Roma, 1996, 207 s. sottolinea

metodologia del diritto civile del pensiero antipositivista. L'impostazione di fondo della proposta mengoniana, e cioè che "il testo normativo non si lascia comprendere con i soli strumenti dell'analisi del linguaggio, ma solo quando l'interprete, in relazione ad un caso (reale o pensato) di applicazione pratica, sia riuscito a capire la questione cui il testo risponde e a formularla adeguatamente"<sup>72</sup>, smuovendo un dogma della concezione positivista di fondamentale importanza – rappresentato dall'idea che alla conoscenza del diritto si perviene attraverso l'astratta conoscenza dei testi normativi conseguita secondo il metodo scientifico delle scienze naturali cui segue l'applicazione secondo lo schema scienza-tecnica –, risponde insomma ad una sensibilità abbastanza radicata nella cultura italiana e ad un disagio profondamente avvertito, prodotto da un modo di teorizzare l'esperienza giuridica che la sospinge entro un orizzonte culturale che le è estraneo, quello delle scienze naturali, espungendone quel carattere di praticità che ne costituisce una delle sue incontestabili peculiarità.

## **6. Esigenza di trasferire sul piano della didattica gli esiti del progressivo allontanamento (anche) dei civilisti italiani dai postulati del positivismo**

Occorre allora chiedersi come mai la forza dirompente di questo deciso allontanamento dal sistema di pensiero positivista, supportato, per quanto riguarda l'ermeneutica giuridica, dalla tradizione del pensiero prudenziale, non si sia sprigionata con tutta la sua energia e non abbia modificato un costume di pensiero, (anche) del giurista italiano, troppo incline all'astrazione e quindi troppo disinvoltamente esposto ai rischi di pratiche discorsive vaghe ed approssimative; in ogni caso poco propenso a mettere alla prova delle concrete circostanze di fatto le precomprensioni in vario modo condizionanti. Ci pare evidente che un grosso ostacolo all'affermazione di un'abitudine di pensiero ispirata ai valori della concretezza e precisione, tipici della razionalità prudenziale per sua natura impegnata a misurarsi con le concrete situazioni di fatto, sia costituito da un impianto della didattica giuridica ancora, nella sua struttura di fondo, segnato dalla tradizione positivista della pandettistica tedesca ispirata ai canoni propri della conoscenza scientifica della realtà naturale, e quindi indotta a "spiegare" il diritto identificandone l'oggetto nella realtà normativa, indagata secondo gli stessi moduli del pensiero astrante adottati nell'indagine sulla realtà naturale.

---

quest'impostazione pragmatica della filosofia di Benedetto Croce che lo ha reso particolarmente popolare nei paesi anglosassoni. Una testimonianza dell'interesse della cultura anglosassone per il pensiero di Benedetto Croce, e in generale per la filosofia italiana, è costituita dal volume, recentemente tradotto in Italiano, di COPENHAVER, COPENHAVER, *Filosofia in Italia. Uno sguardo dall'esterno*, Firenze, 2023.

<sup>72</sup> MENGONI, *Ermeneutica*, cit., 16.

Ma una volta svelata la funzione ideologica del positivismo giuridico, identificata nel disegno d'imporre il rispetto della legalità statale, "proscrivendo la razionalità critica e legittimando solo quella descrittiva della legge"<sup>73</sup>, e verificata la sua inidoneità a proporre un reale fondamento del sapere giuridico, ci sembra, che al giurista, come docente, non rimanga che trarne le dovute conseguenze nella pratica dell'insegnamento. Infatti se è vero che la pratica professionale funziona anche su questo fondamento supposto del sapere giuridico – e probabilmente è vero anche che proprio per questa ragione i civilisti sono restii a ripudiare la tradizione positivista<sup>74</sup> – invece, sul piano formativo, è molto alto il prezzo che si paga a questa visione radicalmente distorta dell'esperienza giuridica: un insegnamento fondato sulla scienza dei dati normativi, in cui il ceto forense non ha mai creduto fino in fondo, e la corrispondente negligenza delle tecniche argomentative idonee a giustificare la regola del caso concreto. Fondare la didattica sul diverso paradigma della prudenza, cioè sul giudizio del caso concreto, significa proprio porre rimedio a questo effetto distorsivo del positivismo giuridico sulla formazione del giurista. Ciò non vuol dire che l'elaborazione astratta delle proposizioni normative debba essere trascurata dall'insegnante, ma che ne debba essere ripensata la funzione: non già di approdo ad una conoscenza scientifica del diritto, ma di momento imprescindibile di un percorso conoscitivo che ha, per la sua struttura applicativa (prudenza giuridica), nel giudizio concreto il suo approdo finale. Al termine di questo itinerario conoscitivo il discente avrà compiuto un esercizio di traduzione dell'astrattezza e indeterminazione dei dati normativi nella regola concreta e determinata del caso oggetto del giudizio. L'utilità di questo esercizio, secondo lo stesso insegnamento dei pandettisti tedeschi, ammirato ed importato in Italia da Emanuele Gianturco, potrebbe anche ritenersi limitata al risultato di rendere più agevole l'accesso del discente alle difficoltà prodotte dall'astrattezza del concetto. Ma, secondo l'ermeneutica gadameriana, anticipata e seguita per quanto riguarda l'ermeneutica giuridica, da un vasto e articolato movimento di pensiero antipositivista, la suddetta utilità si amplifica notevolmente nella funzione di consentire, essa sola, al discente una reale conoscenza del fenomeno giuridico. In ogni caso, qualunque sia l'opzione metodologica che si voglia seguire, sul piano della didattica il discente, educato alla fondamentale ed imprescindibile importanza del giudizio applicativo, avrà sperimentato una pratica di pensiero concettualmente ordinato e preciso che diverrà una vera e propria abitudine di pensiero (*Denkgewohnheit*) e quindi uno dei fondamentali caratteri della sua *forma mentis*, un imprescindibile viatico lungo il percorso della sua attività professionale. Nella quale, soprattutto se svolgerà la professione di avvocato, non tarderà a riscontrare nella sostanza delle correnti pratiche discorsive, se non anche nella forma, proprio l'esercizio della logica prudenziale, cioè dell'argomentazione pratica, imposta-

<sup>73</sup> Così GENTILI, *op. cit.*, 351.

<sup>74</sup> GENTILI, *op. cit.*, 87 s.

ta sul principio della persuasione (del “corteggiamento” dell’interlocutore per averne il consenso<sup>75</sup>) piuttosto che sull’astratto rigore della logica cartesiana.

## 7. Una didattica che valorizza l’esperienza applicativa: tra modelli del passato e prospettive di sviluppo

Occorre allora vedere come sia concretamente attuabile un progetto didattico che valorizzi l’esercizio del pensiero prudenziale: sia che, marcando un netto distacco dalla tradizione positivista, ad esso si voglia attribuire il rango di una forma di conoscenza impostata sul carattere applicativo della conoscenza dei testi giuridici (c.d. *Applicationsstruktur der Verstehen*); sia che, rimanendo nell’orizzonte culturale del positivismo giuridico, gli si voglia attribuire il ruolo più modesto, ma anch’esso di rilevante portata formativa, d’imprescindibile modalità di accesso al pensiero astratto prodotto dal positivismo scientifico della tradizione pandettistica tedesca.

Possiamo trovare nella letteratura sulla didattica del diritto civile alcuni modelli che riflettono l’uso prudenziale della razionalità nelle due versioni sopra indicate.

Dobbiamo a Emilio Betti, cioè ad uno studioso di vastissima cultura, non esclusivamente giuridica<sup>76</sup>, ed anch’egli di formazione crociana<sup>77</sup>, il merito di avere, sia pure in forma indiretta, tradotto la sua aggiornata sensibilità ermeneutica – nutrita dei più recenti sviluppi delle scienze umane, alle quali ha dato il fondamentale contributo della sua “Teoria generale dell’interpretazione”<sup>78</sup> – in indirizzi didattici non del tutto generici

<sup>75</sup> ARENDT, *o e l. c.*, valorizza la formula kantiana del “corteggiare” l’interlocutore per rappresentare una tipica modalità di pensiero e di linguaggio dei rapporti in cui si esercita l’arte della prudenza, e che quindi sono sottoposti al regime della persuasione: “la quale esclude la violenza fisica, ma anche quella forma di coercizione non violenta che è la coercizione della verità”.

<sup>76</sup> Com’è noto Betti è stato studioso eminente del diritto civile e del diritto romano, ma la sua figura assume rilievo anche in ambito filosofico e storiografico. Si potrebbe dire filosofo nel senso più pregnante del termine stando all’accezione che ne dà JASPERS, *Psicologia delle visioni del mondo*, Roma, 1950, 12, secondo cui “forse il filosofo migliore è uno scienziato che tiene per così dire i piedi in un settore della scienza, e in pratica indaga, senza mai perdere di vista il concreto, tutti i dati del rapporto con la conoscenza in generale [...] e potrebbe darsi che [...] meriti più che ogni altro il nome di filosofo un economista, un filologo, uno storico, un matematico”. Non sempre tuttavia Betti, che soprattutto in età giovanile si rivolge all’indiscussa autorità di pensiero di Croce per ottenerne il consenso, soddisfa le pretese del filosofo abruzzese: cfr. per esempio NITSCH, *Dogmatica, poetica e storia. Ancora sul rapporto tra Betti e Croce*, in AA.VV., *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, 2020, 193 ss.

<sup>77</sup> NITSCH, *Dogmatica*, cit., 193, rileva che il rapporto tra Betti e Croce fu “asimmetrico, discontinuo, problematico”. Si riconosce tuttavia che la celebre prolusione di Betti “Diritto romano e dogmatica odierna” sia di “chiara derivazione crociana”: cfr. DE GENNARO, *Emilio Betti: dallo storicismo idealistico all’ermeneutica*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini VII*, 1978, 79.

<sup>78</sup> ZACCARIA, *Emilio Betti*, cit., 112, definisce la “teoria generale” di Betti, un’opera per certi aspetti



e superficiali, accreditando presso i docenti italiani, con il suo autorevole ed entusiastico apprezzamento, le proposte (ermeneutiche e) didattiche di Ernst Zitelmann definito “un insegnante geniale”<sup>79</sup>.

Zitelmann, nel ricordo di Betti<sup>80</sup>, si forma alla scuola pandettistica tedesca, essendo stato allievo di Windscheid e Jhering; ma, come il nostro Emanuele Gianturco, subisce soprattutto il fascino delle esercitazioni pratiche di Jhering<sup>81</sup>, nel corso delle quali, secondo una consuetudine didattica – introdotta da Puchta e rielaborata da Jhering, e molto apprezzata anche in Italia – venivano discussi casi concreti soprattutto allo scopo di porre rimedio alle difficoltà di apprendimento prodotte dalle astrazioni della metodologia dei pandettisti a testimonianza di una sensibilità pedagogica molto diffusa nella cultura tedesca<sup>82</sup>. Zitelmann tuttavia apporta a questa pratica didattica radicali innovazioni prodotte da una visione del sapere giuridico in netta discontinuità rispetto al modello del c.d. positivismo legislativo. Egli infatti, a compimento di un articolato corso di studi metodologici<sup>83</sup>, approda alla convinzione, interna al filone di pensiero antipositivista, anticipatore in ambito giuridico dell’ermeneutica di Gadamer<sup>84</sup>, che il testo normativo non sia un terminale della conoscenza del diritto ma contenga solo delle direttive (*Anleitungen*) che indirizzano l’interprete verso il diritto “vivo e vero”, cioè la regola del caso concreto. In quest’ottica, rileva Betti, la dogmatica non ha semplicemente “l’unico ufficio di conoscere e, dirò così, di registrare una realtà data, già bell’è compiuta prima di essere conosciuta”, ma quello di “creare e configurare [...] un diritto idoneo a servire per la viva applicazione ai rapporti della vita”<sup>85</sup>. La vocazione pratica del sapere giuridico è di tutta evidenza in questo modo d’intendere l’ufficio della dogmatica, e di conseguenza è incontestabile l’inadeguatezza del modello scienziato – con la sua rigida ripartizione tra scienza, tutta racchiusa nei testi, e tecnica, destinata al solo compito di accogliere nel singolo caso le regole scientifiche – a sostenere questa prospettiva metodologica. Ma ciò che in questa sede è più importante rilevare è che quest’idea del sapere giuridico, su cui presumibilmente hanno esercitato una notevole influenza le fascinose lezioni jhe-

---

pionieristica, lungimirante e coraggiosa per ambizione e respiro, tanto da proporsi come la più articolata metodologia generale delle scienze dello spirito del Novecento”.

<sup>79</sup> BETTI, *Metodica e didattica*, cit., 46.

<sup>80</sup> BETTI, *op. cit.*, 11 ss.

<sup>81</sup> LOSANO, *Introduzione a von JHERING, Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, XXXI ss. sottolinea il costante bisogno di Jhering di confrontare i risultati sistematici con la realtà fattuale che già nella prima fase dei suoi studi preannuncia la successiva svolta sociologica.

<sup>82</sup> D’altra parte nelle università tedesche l’istituto dello *Spruchcollegium* o *Spruchfacultät*, che prevedeva la possibilità da parte di un privato di chiedere il parere della facoltà su un problema concreto, costituiva un mezzo per mantenere le facoltà giuridiche a contatto con le questioni pratiche: cfr. LOSANO, *Introduzione*, cit., VII.

<sup>83</sup> Riferimenti bibliografici in BETTI, *op. cit.*, 18.

<sup>84</sup> Sul tema del ruolo svolto dall’ermeneutica giuridica d’ispirazione dell’ermeneutica gadameriana cfr. GADAMER, *Verità*, cit., 376 ss.

<sup>85</sup> BETTI, *op. cit.*, 16 s.

ringhiane, rifluisce poi, al termine dell'apprendistato scientifico, nell'insegnamento: si fa cioè effettiva pratica didattica. Nella quale ci sembra di poter dire che prevalga, sulla trasmissione della nozione orientata ad un apprendimento puramente ricettivo, diremmo "contemplativo", un insegnamento invece esplicitamente finalizzato all'uso dei suoi prodotti, siano essi di carattere strettamente applicativo, ma anche dogmatico. Prevale quindi sulla lezione lo strumento didattico dell'esercitazione in cui acquisizione della nozione ed uso della stessa si interconnettono indissolubilmente. È convinzione di Zitelmann, condivisa entusiasticamente da Betti, che la tradizionale gerarchia didattica che pone l'esercitazione su un piano subordinato alla lezione debba essere rovesciata, e così anche abbandonata la "credenza volgare che le esercitazioni pratiche non abbiano il valore d'un insegnamento scientifico e che qualunque giurisperito di media coltura sia in grado di tenere tali esercitazioni"<sup>86</sup>; di conseguenza si conclude che "al progressivo sviluppo delle esercitazioni di ogni specie con correlativa contrazione delle lezioni teoriche appartiene l'avvenire dell'insegnamento giuridico". Un avvenire, giova ribadirlo, segnato da uno sviluppo dell'esercizio casistico portato al rango di momento prioritario di formazione del giurista. Ma ciò a cui qui soprattutto occorre dare rilievo è la conclusione del discorso commemorativo, in cui il giurista italiano fa esplicitamente proprio il pensiero di Zitelmann affermando quanto segue. «Possa ad ognuno di noi docenti star sempre innanzi agli occhi come criterio direttivo la destinazione basilare dell'insegnamento universitario: [...] educare [...nei giovani] il criterio che sa discendere dai principi ai casi singoli e l'occhio clinico che sa risalire dai casi ai principi: insegnar loro, insomma, a pensare da giuristi. "Not information, but formation of mind"»<sup>87</sup>. Non è agevole dire in che cosa esattamente consista questo "pensare da giuristi", ed in che misura l'antipositivismo di Zitelmann, evidenziato dalla sua didattica, realmente coincida con quello di Betti. Ma ci sembra evidente che l'impegno didattico si trasferisca, anche nella formula bettiana, dall'astratta acquisizione di una teorizzazione di dati normativi ad un campo d'indagine che trascende la mera considerazione dei testi e comprende la pratica applicativa: in altri termini si tratta di trasferire nella didattica l'esercizio di quel pensiero prudente da cui trae spunto l'ermeneutica gadameriana<sup>88</sup>. In ogni caso non è meccanica applicazione di regole, come nel caso dell'artigiano, mero esecutore di un progetto predefinito evocato

---

<sup>86</sup> BETTI, *Metodica*, cit., 47.

<sup>87</sup> BETTI, *op. cit.*, 57.

<sup>88</sup> Cfr. §§1 e 4.

da Gadamer<sup>89</sup>; piuttosto pare trattarsi di quella “questione di tatto (*Eine Sache der Takts*)” di cui discorre Freud per la diagnostica psicanalitica<sup>90</sup>.

In ogni caso, il contenuto ed il tono delle parole bettiane, di vero e proprio incitamento alla rivolta contro il positivismo scienziata – che fatalmente degenera nella didattica in astratto e sterile nozionismo –, lasciano bene intendere che la valorizzazione di una didattica del giudizio applicativo non necessariamente debba seguire il percorso gadameriano. Esso si può agevolmente basare anche su un’ermeneutica più tradizionale, di stampo diltheyano, che valorizzi il ruolo della pratica applicativa pur tenendo ancora ben distinte, secondo la più risalente tradizione ermeneutica, la *facultas applicandi* dalla *facultas intelligendi ed explicandi*<sup>91</sup>. Ed in cui lo scrupolo di oggettività scientifica dell’interpretazione faccia ancora valere le sue ragioni contro il paventato scadere nella soggettività e nell’arbitrio dell’ermeneutica gadameriana<sup>92</sup>.

Ma l’uso didattico del pensiero prudenziale può, come si è detto, seguire un percorso che non metta in discussione l’impianto positivista della didattica e solo risponda a quella funzione del pensiero prudenziale, rimarcata da Kant, di facilitare l’accesso alle astrazioni della scienza. Il prototipo di questo tipo di utilizzo dell’esperienza applicativa può essere individuato, nella sua forma più compiuta, nella didattica teorizzata e praticata da Jhering, nella prima fase della sua esperienza di studi. Anche la dottrina didattica di Jhering, come poi è accaduto per Zitelmann, ha ricevuto in Italia un’entusiastica accoglienza, ma in questo caso all’ammirazione e alla divulgazione ha fatto seguito, da parte di Emanuele Gianturco, l’ulteriore svolgimento della teoria ed una concreta sperimentazione documentata nella celebre “Crestomazia di casi giuridici in uso accademico”<sup>93</sup>. Si tratta di un testo che conserva ancora un grande interesse soprattutto nelle pagine della “Prefazione”, dense di rilievi sulla teoria della formazione giuridica, su cui ancora oggi si

<sup>89</sup> GADAMER, *Verità*, cit., 369 chiarisce che “Ciò che è giusto [...] non è pienamente determinabile in modo indipendente dalla situazione in cui io devo operare giustamente, mentre invece l’*eidos* di ciò che l’artigiano vuole produrre è già perfettamente determinato”. Per questa ragione, malgrado la superficiale apparenza, la forma giudiziaria della *phronesis*, la giurisprudenza, non è una tecnica: essa esige sempre un’attività deliberativa, non è meccanica applicazione di regole, che possa essere preventivamente appresa (Id, *op. cit.*, 369 ss.).

<sup>90</sup> In questi termini DE CERTEAU, *L’invenzione del quotidiano*, Roma, 2001, 119.

I riferimenti al pensiero kantiano sono tratti da PHILONENKO, *Theorie et praxis dans la pensée morale e politique de Kant e de Fichte en 1793*, Paris, 1968, 19 ss. È anche molto utile la distinzione di KANT, *Antropologia*, cit., 88, tra giudizio, facoltà di trovare il particolare con riferimento all’universale (*cognitio exacta*), che è qualità del pensiero apprezzabile specialmente per la precisione, e l’ingegno, facoltà di concepire l’universale in rapporto al particolare, e quindi di osservare l’identità nel molteplice, che è qualità del pensiero ammirevole per ricchezza della mente.

<sup>91</sup> Sul tema GADAMER, *Verità*, cit., 358.

<sup>92</sup> Sul tema BIANCO, *Oggettività dell’interpretazione e dimensioni del comprendere. Un’analisi critica dell’ermeneutica di Emilio Betti*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, cit., 13 ss.

<sup>93</sup> Il testo è ora disponibile nella nuova edizione curata da GATT e CAGGIANO, *La Crestomazia di Emanuele Gianturco. La rilettura sistematica di Filippo Nappi per una nuova didattica del diritto privato*, Napoli, 2020.

può molto utilmente riflettere. Chi scrive ha esaminato a fondo l'opera in altra sede<sup>94</sup>, qui preme soltanto segnalare la cura dei pandettisti tedeschi e dei loro seguaci italiani di evitare che le asprezze dell'astrazione concettuale, inaccessibili a giovani ancora bisognosi di uno specifico addestramento, suggerissero al discente la scorciatoia dell'acquisizione mnemonica della pura astrazione. Si sarebbe evitato così quanto poi è invece avvenuto per la negligenza di una formazione casistica: attivare un'abitudine al pensiero generico e indeterminato, considerare l'astrazione concettuale un comodo riparo dall'impegnativo confronto con la realtà dei fatti. Naturalmente, in prospettiva futura, non si tratta di riprodurre pedissequamente l'esperienza gianturchiana, ma certamente di svolgerne molte utili indicazioni. Si pensi per esempio, alla contrarietà all'anticipazione della pratica professionale manifestata da Gianturco – benché appassionato sostenitore dell'efficacia formativa della pratica applicativa – nel timore che essa potesse addirittura insterilire l'ingegno dei giovani “nel meccanico esercizio di atti e formule pratiche”<sup>95</sup>, e quindi determinare l'esito controproducente di indurli a trascurare l'esercizio di quel pensiero “attivo”, richiesto dall'addestramento applicativo. Le ragioni della suddetta contrarietà sono rafforzate oggi dalla moderna consapevolezza della complessità dei procedimenti applicativi, e quindi dalla più profonda esigenza di sottoporre i futuri gestori delle pratiche applicative ad un rigoroso *training* metodologico, che ponga rimedio all'attuale mancanza di una coscienza ermeneutica educata; giacché proprio questa mancanza certamente contribuisce al consolidamento di abitudini di pensiero prive di concretezza e precisione.

## 8. Uno strumento formativo ancora utile per il contrasto alle pratiche discorsive vaghe e indeterminate

Ma, poiché il pensiero giuridico, secondo un autorevole insegnamento, non è metodologicamente omogeneo ma si svolge sia nei modi del pensiero problematico che in quelli del pensiero sistematico, per cui è sì ermeneutico ma anche dogmatico<sup>96</sup>, il patrocinio di un'ermeneutica applicativa, nella sua funzione conoscitiva (*Applikationsstruktur des Verstehen*), non vuol dire certo rinuncia a un'applicazione del diritto controllata da concetti sistematici<sup>97</sup>; perché anzi l'uso corretto della dogmatica è tanto essenziale al

<sup>94</sup> NAPPI, *Sul valore formativo dell'esercizio casistico. Invito alla rilettura della Crestomazia di Emanuele Gianturco*, in GATT e CAGGIANO, *op. cit.*, 49 ss.

<sup>95</sup> GATT e CAGGIANO, *op. cit.*, 18.

<sup>96</sup> MENGONI, *Dogmatica*, cit., 61.

<sup>97</sup> MENGONI, *op. cit.*, 44. Benché i dogmi giuridici non siano verità assolute con il valore dell'*épistémè* aristotelica, ma schemi aventi una valenza conoscitiva pratica, secondo l'insegnamento crociano. Tutto ciò è conforme all'ermeneutica giuridica di Gadmer, il quale (GADAMER, *Verità*, cit., 383) chiarisce che “tra ermeneutica giuridica e dogmatica giuridica esiste un rapporto costitutivo (*Wesensbeziehung*) nel quale l'ermeneutica ha [solo] funzione preminente”.

giudizio prudenziale che l'indebolimento del pensiero dogmatico espone il processo di "concretizzazione" del diritto al rischio di indebolirne il controllo di razionalità e che si formi "un residuo irrazionale prodotto da elementi non cognitivi prodotti dalla precomprensione del giudice"<sup>98</sup>.

Una strategia didattica di contrasto alla formazione di scorrette abitudini di pensiero deve allora avere come obiettivo anche la corretta gestione dell'astrazione concettuale, e realizzarlo conducendo il discente, anche alle prime armi, all'interno della costruzione concettuale, proprio per insegnargli a fare dei concetti giuridici un uso corretto, quello corrispondente alla loro natura di (pseudo)concetti empirici<sup>99</sup>, cioè di strumenti della tecnica applicativa. Si evita così, nell'esercizio della pratica applicativa, l'inadeguato apprezzamento ed uso dei concetti, e quindi inevitabilmente quella deriva di pratiche discorsive vaghe e indeterminate contro cui occorre spiegare tutti gli strumenti di contrasto.

A questo fine, per esempio, può essere ancora proficuamente utilizzato il volume dei "Saggi" di Raffaele Cicala<sup>100</sup> che, nella sua originaria edizione – quella destinata agli studenti di istituzioni di diritto privato –, recava la significativa dicitura "Raccolti per le esercitazioni di diritto privato". Si tratta di testi estrapolati dalla produzione scientifica dell'autore e quindi riproposti, non già come "parte speciale" o come testo monografico, in linea con la tradizione dei programmi di diritto civile, ma invece come testo per esercitazioni. Qui l'esercizio consiste nell'applicazione di concetti generali (causa del negozio, oggetto, ecc.) a specifiche ipotesi normative (cessione del credito, cessione del contratto). Ed anche in questo caso l'obiettivo non è tanto l'acquisizione di nozioni – compito riservato al manuale – quanto un addestramento ottenuto appunto con la tecnica dell'esercitazione, secondo una pratica didattica in uso in Germania già all'inizio del secolo scorso e coltivata anche da Zitelmann. Lo studente di istituzioni di diritto privato – quindi l'assoluto principiante degli studi giuridici – entra in un laboratorio di costruzioni dogmatiche, dove si esercita a riconoscere all'interno di specifiche tematiche, e così prolungando la trama del sistema acquisita dal manuale, quelle categorie concettuali rese in forma di risultati acquisiti, e quindi in termini assertivi, nel manuale. Il pensiero dogmatico si mostra quindi nel suo farsi, ed esibisce così la sua natura di prodotto di pensiero esposto al giudizio di falsificazione, quello stesso che l'autore esprime nella critica delle opinioni altrui, svelando quel che le nozioni dogmatiche effettivamente sono: opinioni – come risulta dall'originario significato di "dogma"<sup>101</sup> – che esigono, come l'autore talvolta dice, non già un atto di fede ma un'adesione razionalmente fondata.

<sup>98</sup> MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica*, cit., 89.

<sup>99</sup> Questa è la formula crociana, esattamente e compiutamente resa, richiamata da CICALA, *Concetto*, cit., 172, nota 360, per rendere in termini non equivoci, in un frangente temporale in cui sono ancora vivi gli echi della famosa "polemica sui concetti", la sua piena adesione alla concezione crociana del valore dei concetti giuridici.

<sup>100</sup> CICALA, *Saggi. Raccolti per le esercitazioni di diritto privato*, Napoli, 1969.

<sup>101</sup> MENGONI, *Dogmatica giuridica*, cit., 25.

È quanto accade quando si guida il discente sulla questione se l'accollo sia contratto a favore del terzo, mostrandogli gli argomenti portati a favore e contro questa tesi ed indicandogli, all'esito di un serrato confronto dialettico, quale sia la tesi ragionevolmente preferibile. Qui lo studente assiste ad un consolidamento della costruzione, dominante in dottrina e unanimemente seguita in giurisprudenza, dell'accollo come contratto a favore del terzo, realizzato mediante la contestazione degli argomenti portati in senso contrario. Infatti allo sguardo del docente, avvezzo all'analisi puntuale e concreta dei concetti, la costruzione dell'accollo come contratto a favore del terzo presenta, benché largamente accolta in dottrina, "larghe zone d'ombra" e "contorni troppo indefiniti"<sup>102</sup> che esigono appunto un'opera di precisazione e chiarificazione. È evidente che qui il messaggio didattico ha forma del tutto diversa da quella manualistica: assumendo quel carattere "procedurale", di addestramento alla tecnica costruttiva, che, come si è detto, spiega il titolo di "esercitazioni" imposto ai testi raccolti nei "Saggi". Analogamente si procede quando si tratta di descrivere la fattispecie e gli effetti della cessione del contratto, ed in particolare d'individuare l'oggetto. Qui tuttavia non occorre consolidare un'opinione dominante, ma affermare l'idoneità del tradizionale sistema concettuale del trasferimento dei crediti e dei debiti a comprendere anche il nuovo fenomeno della c.d. cessione del contratto, resistendo alla tentazione d'introdurre nel sistema nuovi ed inutili schemi concettuali. Qui il messaggio formativo è molto forte ed attuale. Si tratta infatti di educare il discente a resistere alla tentazione, ancora oggi molto diffusa nei più disparati ambiti discorsivi, di coniare nuovi concetti e formule verbali per intendere fenomeni che agevolmente possono essere ricondotti al sistema conoscitivo e linguistico acquisito, attribuendo a queste nuove forme della realtà empirica un inesistente carattere di novità anche sul piano concettuale, compromettendone così una corretta conoscenza. Nel caso di specie si tratta in particolare di evitare che formule linguistiche di comodo, accettabili nell'economia espressiva del linguaggio comune, come per esempio la formula "cessione del contratto", siano poi condizionanti nel procedimento d'individuazione di una conoscenza sistematicamente fondata del fenomeno dell'oggetto della cessione del contratto, descrivendolo "tecnicamente nella sua realtà giuridica"<sup>103</sup>. Del linguaggio tecnico, che spesso viene percepito dal neofita come espressione di un'inutile pedanteria, viene qui sperimentata tutta la sua potente forza chiarificatrice e con essa la necessità di una disciplina d'uso rigorosa, nell'esercizio del pensiero dogmatico ma anche nella pratica applicativa. E si noti incidentalmente che il docente, accusato a volte di un esasperato concettualismo, si guarda bene dal considerare le sue raffinate costruzioni concettuali come prodotti "scientifici", scorrendo piuttosto di descrizioni "tecniche". E proprio la potenza tecnica del concetto viene esibita con particolare evidenza nel saggio sul concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione, controllandone l'efficienza di pseudoconcetto con riferimento ai vari tipi di obbligazione e la corretta formulazione del giudizio "determinante

---

<sup>102</sup> CICALA, *Saggi*, cit., 86.

<sup>103</sup> CICALA, *op. cit.*, 190.

in relazione alle varie specie di obbligazione”<sup>104</sup>. Ne deriva per il discente, che muove i suoi primi passi nel mondo del diritto, un addestramento della mente al valore della “precisione”, la c. d. *cognitio exacta*, evocata da Kant nella sua “Antropologia pragmatica”<sup>105</sup>, che costituisce uno dei valori fondamentali della professionalità giuridica in tutte le sue varie articolazioni<sup>106</sup>; e con esso un’attitudine guardinga verso le vuote astrazioni, quelle sintesi meramente verbali di cui a volte la dottrina fa uso nella ricerca di nuovi inquadramenti dogmatici (si pensi alla nozione di qualità di parte come oggetto della cessione del contratto), e che, anche al di fuori del recinto della cultura giuridica, sempre più imperversano nello stile di pensiero e nel costume linguistico imperante nei sistemi di comunicazione di massa. Ed è a prima vista paradossale che proprio in un testo, che è esplicita e orgogliosa espressione del pensiero dogmatico, si eviti ed anzi si combatta quel pensare astrattamente, nel senso della perdita di contatto con la realtà anche normativa, che è deriva frequente della formazione impostata sui postulati della tradizione dogmatica. Ciò dipende evidentemente dal fatto che qui il pensiero, piuttosto che lasciarsi contaminare dal carattere del suo oggetto, l’astrattezza della disposizione normativa, vi si oppone con la forza dell’analisi critica, nutrita di cultura forense e, anche per questo contributo, fortemente animata dai valori della precisione<sup>107</sup> e della concretezza ed in generale del sapere prudenziale.

Ma il fondamentale compito didattico assolto dai testi raccolti da Cicala per le esercitazioni di diritto privato, che ne spiega l’opportunità che essi siano proposti agli studenti già al primo anno del corso di giurisprudenza, è quello di scongiurare il rischio che la categoria dogmatica sia accomunata al dato normativo nella considerazione del suo carattere non apofantico – come invece il flusso discorsivo del manuale inevitabilmente lascia intendere – piuttosto che considerata come uno strumento di conoscenza sottoposta al giudizio critico. Questa educazione al pensiero dogmatico risulterà estremamente utile allorché, nel diverso contesto della tecnica applicativa, il professionista debba fare del sistema dei concetti, non già occasione di sfoggio di erudizione – come purtroppo ancora frequentemente accade in stili discorsivi solo esteriormente emendati dai vizi di una tradizione di ricercatezza manieristica e di vuota astrattezza –, ma un uso consapevolmente strumentale alle specifiche esigenze problematiche poste dalla realtà fattuale.

Lo stile espositivo dei “Saggi” può fornire agli studenti di diritto potenti anticorpi contro quella peste del linguaggio lamentata da Calvino e documentata, per quanto

<sup>104</sup> CICALA, *op. cit.*, 20 ss.

<sup>105</sup> KANT, *Antropologia pragmatica*, cit., 88. Cfr. pure *infra* §4.

<sup>106</sup> La precisione è valore peculiare della cultura professionale. Cfr. anche *supra* §3. Più in generale sull’efficacia didattica dei “Saggi” di Raffaele Cicala cfr. NAPPI, *Valori formativi dell’insegnamento*, cit., 151 ss.

<sup>107</sup> Sul valore della precisione nello sviluppo storico delle culture professionali è interessante il volumetto di KOYRÉ, *Dal mondo del pressappoco all’universo della precisione*, tradotto e introdotto da ZAMBELLI, Torino, 1967, *passim*.

riguarda la scrittura giuridica, anche da autorevoli linguisti.<sup>108</sup> Esso non è certamente quello che in generale, ed anche negli ambienti della cultura forense, tende ad essere raccomandato oggi<sup>109</sup> (come reazione ai vuoti esercizi retorici ancora qualche volta praticati): fatto di periodi, a volte anche brevissimi, innestati in una struttura sintattica a carattere prevalentemente paratattico. Uno stile nel quale tuttavia – a dispetto del (o a volte fraintendendo il) lodevole intento di praticare una tecnica argomentativa senza i vecchi fronzoli, puntuale e concreta – a volte sembra invece affiorare il riflesso di un pensiero di carattere puntiforme, incurante della continuità, della coerenza di un'esposizione più vasta, portatore di una nuova e più insidiosa retorica tendente a sollecitare mere suggestioni disarticolate in luogo di un razionale e controllabile svolgimento argomentativo. Proprio la continuità argomentativa asservita ad una logica serrata, ma non esibita, caratterizza invece lo stile di pensiero riflesso nel linguaggio dei “Saggi”. È lo stile tipico di un'antica tradizione letteraria e retorica<sup>110</sup>, che traspare da parole che fedelmente riproducono i ritmi del pensiero dando l'impressione che la scrittura lo accompagni e quasi lo produca; esso si espone al discente senza (falsa) ingenuità ma anche senza trucchi retorici costituendo una palestra di formazione di grande rilievo per chi intenda affrontare una professione legale.

Ciò non toglie che il volume dei Saggi, nascendo all'interno della tradizionale didattica d'impianto positivista e subendone inevitabilmente l'influenza, debba essere maneggiato con estrema cura da un docente che invece intenda rimarcare il carattere prudenziale del sapere giuridico e del suo insegnamento: per evitare il rischio di trasmettere al discente l'idea fondante del positivismo legislativo secondo cui la dogmatica sarebbe lo strumento esaustivo della conoscenza e dell'apprendimento del diritto, e che quindi l'insegnamento praticato nell'università abbia di mira la formazione di scienziati delle disposizioni normative, in grado in quanto tali di padroneggiare qualsiasi pratica professionale. Piuttosto, in una prospettiva ispirata all'ermeneutica gadameriana, occorrerà cogliere dal testo di Cicala gli spunti idonei a mostrare della dogmatica la funzione ausiliaria di sistemazione di conoscenze acquisite attraverso l'esperienza applicativa, da sottoporre poi al collaudo del sistema dei concetti. Insomma l'esercizio del pensiero dogmatico promosso dall'uso dei “Saggi”, per conseguire il risultato dell'accesso ad una conoscenza (e ad un insegnamento) ispirato ai valori del pensiero prudenziale – che pure sotterraneamente animano il tessuto espositivo del testo di Cicala –, deve essere sottratto all'attrazione del concettualismo, che nella didattica produce un insegnamento che si svolge integralmente sul piano astratto dei testi normativi, ed inserito all'interno di un insegnamento che, muovendo invece dal piano normativo alla realtà fattuale e viceversa,

<sup>108</sup> Cfr. *supra* § 1.

<sup>109</sup> Cfr., per esempio, GIANARIA, MITTONE, *L'avvocato nel futuro*, Torino, 2022, 14 ss.

<sup>110</sup> Ne fa cenno COLLI, *Dopo Nietzsche*, Milano, 1974, 133 s. a proposito dello stile del primo Nietzsche.



e curando la correttezza metodologica di questo percorso, conduca ad una conoscenza concreta e precisa conforme allo spirito del testo.

E allora, passando a qualche considerazione di sintesi, si può dire che i “Saggi” – che subiscono nell’impostazione di fondo l’evidente influenza dell’impianto positivista, ma non degli eccessi dello scientismo – si propongono di attivare una forma di pensiero critico, scoraggiata invece dallo stile espositivo manualistico, e non altrimenti acquisibile se non con l’esercitazione, che assurge così a forma d’insegnamento teoretico di livello pari se non superiore alla lezione. Più in particolare si può rilevare che l’efficacia formativa dei “Saggi” dipenda anche dalla capacità dell’autore di esibire, nell’ambito di una rigorosa etica intellettuale per nulla frequente nella scienza e nell’insegnamento del diritto, ed in genere nel nostro costume accademico, un particolare modello del “pensare da giuristi”: saldamente radicato nella tradizione della cultura forense e solo innestato, in termini tuttavia rigorosi, nelle forme della dogmatica accademica. Di una dogmatica che, proprio per operare in questo contesto culturale di matrice forense (ma nutrito anche della fondamentale lezione pugliattiana e dell’influenza crociana), riesce a restare immune da certe sofisticazioni scientiste. È infatti ancora viva nell’autore dei “Saggi” – e cioè nella formazione ricevuta – una genetica impronta pratica, quella prudenza giuridica, riesumata e riabilitata dall’ermeneutica gadameriana, della cultura dei giuristi romani. Ed è in fondo questa sotterranea fusione di raffinata cultura forense e scienza accademica – che tuttavia a volte, come per esempio nel saggio sulla differenza tra delegazione ed espromissione, presenta momenti di chiara emersione – il marchio di pensiero di Raffaele Cicala. Esso si trasmette al discente soprattutto, come si è detto, come stile di pensiero, cioè in una forma “procedurale” piuttosto che “proposizionale”, producendo quel risultato a lunga distanza che i pedagogisti denominano deuterio-apprendimento<sup>111</sup>; a patto naturalmente che il neofita sia aiutato a raccogliere questo frutto prezioso.

## **9. Anche ai testi giuridici, oltre che a quelli della “bella letteratura”, è possibile attribuire un compito pedagogico che trascende il loro specifico ambito operativo: quello di fornire gli anticorpi contro le abitudini di pensiero e di linguaggio prive di concretezza e precisione**

Dai suddetti modelli di didattica si può trarre ispirazione per una strategia di contrasto, anche nell’ambito della cultura civilistica, di abitudini di pensiero, di varia natura ed ispirazione, tutte caratterizzate da una riluttanza a sottoporsi ad un rigido controllo di concretezza e precisione. Naturalmente occorre corroborare ed aggiornare le pratiche didattiche illustrate utilizzando tutti gli strumenti offerti dagli sviluppi delle riflessioni

<sup>111</sup> Si tratta, come si è già accennato, di quel processo sotterraneo quasi mai percepito consciamente dai suoi partecipanti e meno che mai monitorato, e solo vagamente collegato all’argomento apparente dell’istruzione: cfr. BAUMAN, *La società individualizzata*, Milano, 2002, 157 s.

epistemologiche e della teoria pedagogica e differenziando le modalità dell'approccio casistico in riferimento ai vari livelli dell'insegnamento<sup>112</sup>.

In particolare ci sembra necessario dare seguito nella didattica a quel processo di "allontanamento"<sup>113</sup> dai postulati del positivismo giuridico che, avviato in Germania già alla fine dell'Ottocento, ha preso forma in Italia solo dalla metà del secolo scorso, con il graduale abbandono – in verità non ancora del tutto portato a termine soprattutto nella prassi giurisprudenziale – della giurisprudenza dei concetti che ne costituisce il *pendant* sul piano metodologico<sup>114</sup>. A quei postulati – e soprattutto all'esaltazione dell'astratto dato normativo come oggetto esclusivo della conoscenza scientifica del diritto, nella forma della dogmatica, cui si deve in larga misura la frattura tra dottrina accademica e professionalità legali – la cultura forense riserva tutt'al più un ossequio alquanto ipocrita, valorizzando piuttosto, nelle pratiche difensive degli avvocati e nell'intimo convincimento dei giudici, il ruolo determinante, nella formazione della regola del caso concreto, della riflessione ermeneutica, e quindi delle specifiche circostanze di fatto e degli interessi in esse specificamente coinvolti. E occorre quindi che anche l'insegnamento finalmente lasci che al giudizio sui fatti reali, piuttosto che a quello astratto del testo normativo, sia attribuito un rilievo primario: nell'organizzazione del messaggio didattico e nella valutazione dei risultati conseguiti. Ciò non vuol dire che, in una visione ancora fortemente segnata dal valore della conoscenza scientifica dei testi normativi, la (parallela) valorizzazione della pratica applicativa non possa ancora oggi fondarsi su considerazioni di esclusivo carattere pedagogico<sup>115</sup>, come nella originaria lezione jheringhiana, portata in Italia

<sup>112</sup> In questa direzione si muove la sperimentazione didattica realizzata da chi scrive e documentata in volumi monografici e scritti minori: cfr. soprattutto NAPPI *I ragionamenti applicativi nella didattica del diritto privato. Per una riforma della didattica e del ruolo del giurista accademico nel sistema delle professioni legali*, Torino, 2011; ID., *Didattica del diritto civile 2.0*. Torino, 2016; ID., *Esercizi di prudenza giuridica*, Torino, 2019; ID., *Sul valore formativo dell'esercizio casistico*, cit.

<sup>113</sup> Di "allontanamento dal positivismo" della filosofia del diritto nella prima metà del XX secolo discorre LARENZ, *op. cit.*, 117.

<sup>114</sup> In questi termini si esprime MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica*, cit., 38 s. Per un caso di argomentazione ancora ispirata al metodo della giurisprudenza dei concetti, cfr. NAPPI, *Sull'uso della dogmatica nei giudizi applicativi: a proposito della revoca ex art. 2901 c.c. degli atti del condebitore solidale*, commento a Cass. 22.3.2011, n. 6486, in ID., *Didattica del diritto civile 2.0*, cit., 133 ss.

<sup>115</sup> Benché in questo caso, evidentemente, la prudenza tenda a degradare ad abilità tecnica (il *poiein* aristotelico), conformemente alla configurazione che essa assume nel modello cartesiano delle scienze della natura: conservando sì una preziosa funzione pedagogica, ma, da un punto di vista gadameriano, snaturandosi, per la tendenziale assimilazione alla tecnica dell'artigiano (GADAMER, *Verità*, cit., 369); e così lasciando in secondo piano, se non proprio disperdendo, quella più profonda funzione formativa che l'addestramento applicativo acquisisce quando, svincolandosi dall'automatismo della "pura" tecnica e configurandosi così come tecnica dello spirito (il *prattein* aristotelico), divenga esercizio di una diversa forma di conoscenza, che si nutre dell'esperienza concreta e assume una forte valenza formativa. Dal punto di vista didattico l'impostazione gadameriana comporta l'assoluta necessità dell'esperienza applicativa per l'accesso ad una reale

da Emanuele Gianturco: ciò che infatti nella prospettiva qui adottata appare decisivo è l'educazione del pensiero a misurarsi sui fatti concreti, a prescindere da una più ampia valutazione sull'opzione di metodologia del diritto che sta a monte della strategia formativa adottata.

Possiamo allora concludere che, nell'ottica di un insegnamento destinato a formare una "disciplina mentale", l'esigenza di educare il pensiero alla concretezza e alla precisione è, a nostro avviso, un momento fondamentale dell'insegnamento "a pensare da giuristi"<sup>116</sup>. Infatti per il produttore di testi giuridici, in forma più cogente che per il produttore di testi letterari, si presenta l'esigenza di condurre il discorso secondo i canoni della concretezza e della precisione<sup>117</sup>, trattandosi, nel caso dei giuristi, non soltanto di una questione di gusto letterario e, indirettamente, d'impegno civile, ma di un'esigenza più radicalmente e inconfutabilmente connessa alla natura stessa del sapere giuridico, cioè alla sua forma di sapere prudenziale. E quindi, pure a pratiche discorsive giuridiche, anche didattiche – si pensi all'affascinante compito di redigere questionari casistici non più relegati all'umile funzione di mero ausilio didattico, ma destinati ad assumere un ruolo formativo primario imposto dalla consapevolezza della natura fattuale della conoscenza giuridica –, ispirate a questi valori, si può legittimamente attribuire (oltre al compito di perseguire una peculiare forma di conoscenza, anche) il compito pedagogico, assegnato da Calvino alla "Bella Letteratura"<sup>118</sup>, quella preferita anche da Roland

---

conoscenza del diritto. Ma il valore dell'esperienza applicativa può reggersi anche su ragioni puramente pedagogiche, e reggersi sulla convinzione che la conoscenza/apprendimento del diritto sia solo agevolata dall'esperienza applicativa che nulla aggiunge ad una conoscenza conseguibile già in base all'analisi dei testi normativi. Su questa diversa impostazione si fonda la pratica formativa tedesca che, benché fedele ai dogmi del positivismo scientifico, valorizza – fedele ad un'antica tradizione – l'esercizio applicativo come importante fattore di facilitazione dell'apprendimento del diritto: F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, 1980., 133 s. Per un'importazione nella didattica italiana del tradizionale metodo casistico tedesco impostato sull'osservazione della concreta situazione soggettiva tutelata (*Anspruchsmethode*) cfr. CHRISTANDL, GALLMETZER, *Diritto civile. Casi e soluzioni con guida metodologica*, Milano, 2015; Id., *Diritto civile. Nuovi casi e soluzioni con guida metodologica*, Milano, 2017. Più in generale, sulla possibilità che un messaggio didattico fondato sulle narrazioni di casi possa agevolmente conseguire quell'effetto tipico dello *storytelling* di rendere gli astratti concetti scientifici più "vividi e comprensibili", accentuandone l'efficacia comunicativa e operando una "educazione emotiva", cfr. da ultimo incidentalmente DEMETRIO, *All'an-tica. Una maniera di esistere*, Milano, 2020, 108 ss.

<sup>116</sup> Le espressioni virgolettate sono di BETTI, *Metodica*, cit., 57; cfr. anche *supra* §7.

<sup>117</sup> L'impegno a realizzare quest'esigenza spiega l'apprezzamento che in ambito letterario gode talvolta la prosa forense proprio per il suo carattere di concretezza e precisione che "non è il girovagare prolisso dello pseudo-scrittore, che pare l'onda lunga di cert'uggia oceanica, uggia dello infinito, dell'informe" (GADDA, *Saggi giornali favole e altri scritti*, I, Milano, 2008, 481). Purtroppo esistono anche esempi di segno opposto. Ed allora i linguisti, con l'ausilio degli stessi giuristi (cfr. GALGANO, *Il dissenso occulto in Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1997, 3, 890 ss.), opportunamente segnalano l'esigenza di evitare nella prosa forense inutili complicazioni sintattiche e oscurità semantiche, rubricate sotto l'etichetta di "complicazioni indiscrete" (MORTARA GARAVELLI, *Le parole*, cit., 180 ss.).

<sup>118</sup> L'espressione è usata da BOLLATI, *L'invenzione dell'Italia moderna*, Torino, 2004, 155, nel con-

Barthes<sup>119</sup>, di fornire gli anticorpi contro usi linguistici segnati da un vuoto formalismo, forma esteriore di una fondamentale assenza di onestà intellettuale. Si tratta di pratiche discorsive che in vario modo dissimulano un'abitudine di pensiero che si suole dire prodotta da un eccesso di formazione umanistica rispetto a quella scientifica; e che invece rappresenta una patologia del pensiero di cui sono corresponsabili tecniche formative, che in tutti i campi, e soprattutto nell'ambito delle c. d. scienze umane, esigono di essere approfondite ed aggiornate. Così, all'esito di un radicale rinnovamento della didattica giuridica, che la trasformi da sede di celebrazione della forza esplicativa della dogmatica, e, più in generale, del valore formativo della riflessione su astratti dati normativi (o su dati giurisprudenziali ridotti alla forma dei dati normativi), in palestra di esercizio del giudizio applicativo<sup>120</sup>, e quindi di un pensiero ispirato ai valori della concretezza e precisione, la cultura giuridica ed il lessico che la esprime potrà riscattarsi dalla cattiva fama di essere addirittura "il trionfo delle [vuote] astrazioni"<sup>121</sup>, e assurgere al ruolo opposto di modello di una cultura ispirata sostanzialmente ad un sano pragmatismo, espressione di abitudini di pensiero e di linguaggio finalmente liberate dalla tentazione dell'abuso delle strategie retoriche, ed inclini invece a testimoniare il fondamentale valore dell'onestà intellettuale. Così il sapere prudenziale applicato alla formazione del giurista esibisce la sua natura non esclusivamente tecnica<sup>122</sup>, ma più ampiamente incidente sullo sviluppo complessivo della persona nel senso che la tradizione pedagogica tedesca attribuisce al termine "*Bildung*"<sup>123</sup>. Anche da questo punto di vista si ripropone l'affinità tra sapere pru-

---

testo di una critica a quella "sorta di scisma che divide in due rami l'attività dello scrivere, isolando [...] la bella letteratura dalla letteratura adibita ai vari specialismi, ai diversi saperi, considerata priva di dignità estetica e spirituale".

<sup>119</sup> Cfr. *supra* §1.

<sup>120</sup> Sul valore formativo della *Urteilkraft* – fondamentale dote dello spirito –, *iudicu*) secondo la tradizione romana, cfr. GADAMER, *Verità*, cit., 54: "Uno sciocco si distingue da una persona giudiziosa perché non possiede la facoltà di giudizio, cioè non è in grado di [...] applicare correttamente alle situazioni concrete ciò che ha imparato e sa".

<sup>121</sup> Così si esprime, come si è visto (*supra* § 1), MORTARA GARAVELLI, *op. cit.*, 171.

<sup>122</sup> Non è possibile in questa sede soffermarsi sul concetto di prudenza nel suo trascorrere dalla definizione aristotelica fino alla riemersione nell'ermeneutica gadameriana. Va tuttavia rilevato che proprio Gadamer ne sottolinea la vocazione spirituale, cioè il suo rappresentare non già una mera attitudine tecnica, ma quella che potrebbe definirsi "una particolare finezza di spirito (*subtilitas applicandi*)": cfr. GADAMER, *Verità*, cit., 358 ss. In conformità al suo carattere di forma di conoscenza tipica delle c.d. scienze dello spirito, cioè di quel comprendere che ha di mira, non già la mera conoscenza delle cose nell'ambito di un astratto rapporto soggetto-oggetto, ma "il nostro comportamento pratico nel mondo" (così, definisce – con formulazione perfettamente adattabile al significato del termine "prudenza" – la "comprensione" nelle c.d. scienze dello spirito, FERRARIS, *L'ermeneutica*, Bari, 1998, 26).

<sup>123</sup> Sul peculiare significato del termine *Bildung*, che tra l'altro comprende, in un rapporto di reciproco coinvolgimento tra docente e discente, l'autoformazione oltre che la formazione, cfr. GENNARI, *Bildung e Erziehung nel pensiero pedagogico di Hans Georg Gadamer*, in *Postfazione a GADAMER, Educare è educarsi*, Genova, 2014, 37 ss. SENNET, *l'uomo artigiano*, Milano, 2012, 93, sulla

denziale del diritto e la forma di conoscenza cui tende la (buona) letteratura, accomunati dall'essere – seguendo la traccia della formula di Roland Barthes – forme di conoscenza in grado di “correggere” la distanza tra la “grossolana” astrattezza della scienza e la concreta “sottigliezza” della vita<sup>124</sup>: cioè forme del sapere prudenziale dotate di una potente efficacia formativa.

## ABSTRACT

L'a. sostiene che la mancanza di precisione e concretezza delle pratiche discorsive degli italiani, rilevata da letterati e linguisti soprattutto, ma non solo, nel linguaggio della burocrazia e delle professioni legali, dipenda, per quanto riguarda i giuristi, da una formazione accademica ancora basata sulla convinzione del positivismo giuridico che le astrazioni della scienza, applicate ai dati normativi, possano svolgere una funzione esplicativa del fenomeno giuridico spendibile, in via prioritaria se non esclusiva, anche nella didattica. Gli esiti degenerativi di questa concezione pedagogica – screditata già dai pandettisti tedeschi –, tra cui la rilevata inclinazione ad un pensiero astratto e indeterminato, ne dimostrano l'inefficienza pedagogica, e quindi la necessità di un suo radicale superamento: fondato su una rivalutazione – sul piano teoretico o almeno su quello del mero supporto all'apprendimento – dello schema prudenziale di approccio all'esperienza giuridica, praticato da magistrati e avvocati e ispirato alla c.d. logica del concreto.

*The author claims that the lack of accuracy and concreteness regarding the “Italian way” of articulating a bureaucratic or legal discourse – that has been found, amongst others, by writers and linguists –, should be attributed – for what concerns the jurists – on a type of academic training that is still rooted on the juridical positivism's belief that the abstractions provided by science, if applied to the normative framework, can perform an explanatory function of the legal phenomenon that can also be expendable – as a matter of priority if not exclusively – for educational purposes.*

*The degenerative effects of this pedagogical standpoint – already discredited by the Pandectists – such as the tendency of engaging in abstract and indefinite thinking, prove its pedagogical inefficiency, along with the necessity of a radical change: a change based on the reevaluation – on a theoretical level or, at least, simply on a pedagogical level – of the Aristotle's concept of phronesis applied to the juridical experience, traditionally practiced by judges and attorneys and inspired by “the logic of concreteness”.*

---

formula di Mendelsshon: *Bildung*= *Kultur* + *Aufklärung*, ove *Aufklärung* è la libera ragione kantiana, mentre *Kultur* è l'abilità pratica; nel riflettere su di esse l'uomo migliora se stesso. Da ultimo LABASTIDA, *La formazione (Bildung) nel pensiero di H.G. Gadamer. Tra esperienza e tradizione*, in ACERBI, LABASTIDA, LUISI, *La filosofia come paideia*, Roma, 2016, 141 ss

<sup>124</sup> Le parole tra virgolette di Roland Barthes sono riportate da TABUCCHI, *Di tutto resta un poco*, cit., 369. Cfr. anche *supra* §1.





### Variazioni sul tema dell'abuso del diritto e del principio di correttezza nel diritto societario



Luigi Rovelli

**SOMMARIO:** 1. Comportamenti scorretti dei soci nelle società di capitali: problemi di inquadramento sistematico. – 2. Sintesi degli indirizzi giurisprudenziali nell'esperienza italiana. – 3. Gli interessi legittimi. – 4. La problematica dell'abuso del diritto e le sue criticità. Correlazione tra potere e soggezione. – 5. Relazione fra l'atto di autonomia privata ed il suo contenuto; giudizio di buona fede e sua possibile incidenza sulla validità dell'atto alla stregua delle ordinanze della Corte costituzionale sulla caparra confirmatoria; giudizio di compatibilità fra la norma privata e l'ordinamento generale. – 6. Convivenza di contrattualismo e di istituzionalismo nel "nuovo" diritto societario; convivenza di norme di relazione e di norme di azione. – 7. Verso possibili osmosi tra "categorie" del diritto pubblico e del diritto privato. – 8. La clausola di buona fede oggettiva e il possibile valore aggiunto della teoria dell'abuso del diritto in presenza di esercizio di poteri privati. Limiti all'esercizio del diritto di voto assembleare tra clausola di buona fede e abuso del diritto. – 9. Il perdurante rilievo della nozione di "causa"; ricerca della causa tipica del voto assembleare; la ratio del principio maggioritario; il fine del voto e la libertà dei mezzi. – 10. Incongruenza teleologica tra causa tipica e causa concreta del voto in assemblea. Atipicità dell'atto unilaterale; giudizio di meritevolezza e ruolo della clausola di buona fede. – 11. Il controllo giudiziario.

#### 1. Comportamenti scorretti dei soci nelle società di capitali: problemi di inquadramento sistematico

Talora accade che anche un tema a lungo dibattuto, che è andato via via trovando molteplici e divergenti proposte di soluzione sul terreno dottrinale, e che ha visto emergere nel tempo una sorta di "diritto vivente", variamente motivato, su quello giurisprudenziale, meriti di essere ripreso per una riflessione teorica più aggiornata. È quanto ci è parso possa avvenire in ordine al problema della sindacabilità dell'esercizio del diritto

di voto – nella società per azioni – in danno della posizione di un socio o dei soci di minoranza, ma senza alcuna relazione né favorevole, né dannosa per l’interesse sociale, alla luce dell’evoluzione della giurisprudenza (che sembra aver identificato il vizio che affetta di nullità il voto e – se determinante – della delibera approvata dall’assemblea, attraverso l’applicazione della clausola di correttezza e buona fede nella fase esecutiva del contratto *ex art. 1375 del c.c.*). Da un lato, sono cresciuti gli approfondimenti sulla possibilità (e sui limiti di estensione di tale possibilità) dell’inserzione della clausola generale di correttezza e buona fede (che si avvia a diventare “principio” in forza della derivazione dall’art. 2 della Costituzione più volte affermata dalla Corte Costituzionale); dall’altro si avverte la incontestabilmente avvenuta introduzione non soltanto nel “diritto vivente”, ma almeno in tipizzate fattispecie di legge, di diritto vigente, del divieto del cosiddetto “abuso del diritto”; introduzione che tuttavia non esclude ma presuppone che l’eccedenza nell’esercizio del diritto che ne configura l’abuso, sia, in qualche modo, desumibile dall’analisi dei caratteri particolari della disciplina giuridica dell’istituto dal quale discende il “diritto” del cui esercizio “abusivo” si discute.

Nello stesso tempo, entro la dottrina civilistica, si è formata ed è generalmente condivisa la consapevolezza dell’esistenza e della rilevanza, anche nell’ordinamento di diritto privato, della figura dell’interesse legittimo quando, in presenza di “*organization recht*”, le figure soggettive a confronto sono quelle che si ritrovano nella coppia potere-soggezione. In tal modo sembra profilarsi anche nel diritto privato la figura, sorta è costruita entro il diritto amministrativo, dell’eccesso di potere, con il corollario della sua identificabilità attraverso il ricorso ad elementi sintomatici (soprattutto ancora, in tal caso, attraverso l’identificazione di comportamenti contrari alla regola di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori, ma non necessariamente e non soltanto attraverso questo elemento sintomatico).

In materia resta ancora fondamentale per la ricostruzione storico-sistematica e per la coerenza dell’impianto teorico – pur non condiviso in questo contributo – anche con riferimento alla figura dell’eccesso di potere (con il corollario della configurabilità di situazioni di interesse legittimo) il volume, risalente al 1965 di Agostino Gambino<sup>1</sup>.

Alla base di quel contributo comunque sta l’esigenza di ricercare su fondamenti diversi da quelli postulati dalla tradizione, la tutela degli abusi realizzabili nel procedimento di formazione delle delibere assembleari, affidando tuttavia al rispetto delle regole procedurali il criterio distintivo tra l’uso e l’abuso. Punto di partenza è stato per Gambino quello – che forse tradisce una pur negata sostanziale adesione alle “radici” istituzionalistiche – che vede, peraltro correttamente, la configurazione di tutte le posizioni giuridiche degli azionisti, salvo quelle ad essi individualmente attribuite in virtù di particolari clausole contrattuali, come posizioni “riflesse” dell’ordinamento sociale e quindi

<sup>1</sup> GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle Società per Azioni*, Milano 1965.

Sul tema, in generale, v. F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007.



da questo modificabili fino al limite dei caratteri essenziali del rapporto societario. Da ciò deriva l'insufficienza di soluzioni fondate su basi esclusivamente contrattualistiche. Veniva così affermato – quasi anticipando la critica a quello che sarebbe in futuro diventato l'orientamento della giurisprudenza – come nell'ordinamento delle società capitalistiche, a differenza che nelle società di persone, in cui vige il principio – salvo deroga pattizia – dell'immutabilità del contratto sociale senza il consenso di tutti i soci, le vicende dell'ordinamento pattizio non possono essere giustificate con il ricorso a principi che reggono l'attività esecutiva del contratto – tra i quali l'art. 1375 – non rappresentando il contratto sociale una definitiva composizione di conflitti intersoggettivi di interessi. A questo riguardo va tuttavia sottolineato che il richiamo alla regola derivabile dalla clausola generale di buona fede entro i soggetti di un rapporto obbligatorio, anche se fosse preclusa l'applicazione diretta dell'art. 1375, trova fondamento normativo nell'art. 1175 del c.c.

Già da questo emerge tuttavia la reale difficoltà di risolvere la problematica in questione valorizzando la componente "contrattualistica" ed esclusivamente quest'ultima della società. Mutuando concetti e terminologia sorti sul terreno del diritto amministrativo, si è portati ad identificare la tipologia della situazione soggettiva del socio che chiede tutela di fronte a comportamenti ed atti dell'organo assembleare ritenuti "abusivi", come non inquadrabile in una norma che enuncia la fattispecie e vi collega la disciplina specifica; e a definirla così come non di diritto soggettivo ma di "interesse legittimo". Tale la posizione di quei soggetti i cui interessi, nella concreta vicenda, non ricevono una tutela diretta, in quanto non corrispondono a doveri specifici imposti ad altri soggetti e posti in immediata correlazione con essi. Tali interessi appaiono piuttosto porsi in posizione di "soggezione" rispetto all'esercizio del potere che un "ordinamento sociale" attribuisce ad altri soggetti; ma proprio da tali norme, che si classificano come "norme di azione" (avendo di mira l'esercizio di un potere, di un diritto potestativo o anche di semplici facoltà) essi vengono a ricevere la tutela "riflessa" per quanto l'esercizio del potere abbia ecceduto dai limiti che l'ordinamento positivo, complessivamente interpretato, pone all'area collettiva e alla estrinsecazione della volontà che essa esprime.

La non condivisione di tale impostazione concettuale appare espressa chiaramente nelle parole che Agostino Gambino pone nel capitolo introduttivo del volume. Ivi si osserva che "se si volesse qualificare come interesse legittimo la posizione giuridica riconosciuta ai soci nell'ordinamento sociale, l'espressione verrebbe comunque usata con un significato nettamente distinto da quello che assume in diritto pubblico: dove il prevalente rilievo, nella tutela giuridica, dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato si riflette e trova conferma nella prescrizione di una giurisdizione speciale cui la stessa nozione di interesse legittimo si collega".

Questo in effetti appariva conforme alla considerazione della giurisdizione amministrativa ancora presente negli anni '60 come "giurisdizione di diritto oggettivo"; considerazione fondata sulla definizione dell'interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto; definizione corrispondente alla funzione che esso ha storicamente adempiuto come mero requisito di legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento da parte del privato. Vero è che, come emergerà dal sintetico excursus storico

sull'interesse legittimo (che segue) l'invenzione prima e l'utilizzazione poi, da parte del Consiglio di Stato, della figura concettuale dell'interesse legittimo è stata storicamente funzionale ad un percorso – condiviso dalla cultura giuridica nazionale – che, nella piena vigenza della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, era diretto a dare tutela (e addirittura maggior tutela attraverso l'annullamento dell'atto) a posizioni soggettive che non trovavano protezione davanti al solo organo giurisdizionale allora esistente. E ciò è potuto avvenire nello spazio, aperto dall'art. 3 della legge del 1865, riassunto nella formula "spaventiana" di "giustizia nell'amministrazione". Oggi la Costituzione ha attribuito al giudice amministrativo la piena posizione di "terzietà" fra pubblica amministrazione e altri soggetti interessati o controinteressati dall'atto di esercizio di un pubblico potere. La funzione del giudice amministrativo è quella di rendere giustizia non più "nell'amministrazione" ma nei confronti della pubblica amministrazione e questo fa venir meno la funzione storica di una giustizia di tipo oggettivo. Tale cambiamento è reso ancor più palese con la (forse abnorme) dilatazione degli spazi di "giurisdizione esclusiva", che rendono sempre più evidente come sia sufficiente "l'esistenza del potere" che si assume che l'amministrazione abbia<sup>2</sup> (argomenta anche da Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004) per poter determinare la giurisdizione del giudice amministrativo.

A questo punto, e considerato che nel diritto privato e in particolare in quello delle obbligazioni, la figura che meglio ricalca anche le vicende che hanno visto emergere nel diritto pubblico la nozione di interesse legittimo è quella che va sotto il nome di abuso del diritto, appaiono necessarie alcune preliminari più approfondite considerazioni generali su tale tipo di figura; precedute peraltro da una sintesi degli indirizzi giurisprudenziali in materia di limiti al diritto di voto nell'assemblea delle società di capitali entro l'esperienza italiana.

## 2. Sintesi degli indirizzi giurisprudenziali nell'esperienza italiana

La fattispecie generale su cui si è sviluppata la casistica giurisprudenziale ed un amplissimo dibattito dottrinale è quella del cosiddetto "abuso" della maggioranza assembleare a danno dei soci di minoranza. Si tratta di deliberazioni assembleari prese nel rispetto formale della legge ed il cui oggetto non concretizza la lesione di diritti soggettivi degli azionisti (cosiddetti diritti individuali dei soci).

L'identificazione della fattispecie astratta richiede un previo quadro classificatorio di massima. Occorre tenere distinte queste tre ipotesi:

- a) quello del conflitto di interessi del socio ( o dei soci ) di maggioranza, costituito da una situazione oggettiva e preesistente, con l'interesse sociale;
- b) quello di conflitto di interessi, soggettivo ed attuale, a danno della società;

<sup>2</sup> In argomento, anche Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

c) abuso di potere della maggioranza in danno dei soci azionisti di minoranza, ma nella postulata "neutralità" dell'interesse sociale. Le prime due ipotesi confluiscono nella disciplina legale del conflitto di interessi e dunque nell'esegesi dell'art. 2373 c.c. e non involgono la problematica di carattere generale che si manifesta nell'ipotesi sub c).

Il principale gruppo di situazioni che hanno formato oggetto di controversie giudiziali riguardanti ipotesi di "abusi di maggioranza" concerne delibere, di vario oggetto, prospettate come lesive dell'interesse del socio a mantenere inalterata la propria quota di partecipazione, in assenza di un interesse sociale che ne giustifichi la limitazione.

Il leading case<sup>3</sup> (Cass. 12 maggio 1951, n. 1177), costituito da delibera di aumento senza incidere sul diritto di opzione, formalmente salvaguardato, è costituito da una fattispecie in cui il risultato pratico dell'esclusione dell'azionista "scomodo" è stato ottenuto mediante la riduzione a zero del capitale, in realtà non interamente perduto, con contestuale reintegrazione e ulteriore aumento in misura ben superiore alle concrete possibilità finanziarie dell'azionista stesso.

In quel caso, la decisione della Suprema Corte si è fondata principalmente sulla base dell'alterazione dei dati di bilancio, con conseguente falsificazione delle comunicazioni sociali, per inferire che l'aumento di capitale costituisce elemento di un vero e proprio piano delittuoso, e quindi, che la delibera ha oggetto illecito, con conseguente violazione dell'art. 2379 c.c. Su un piano analogo si pone una sentenza<sup>4</sup> (Cass. 6 maggio 1963, n. 511), con riferimento ad una delibera di aumento di capitale ritenuta "esorbitante", attuata, sulla base di dati di bilancio dolosamente alterati, in un momento di difficoltà finanziaria dell'azionista di minoranza: la Suprema Corte, pur ravvisando in motivazione la lesione di un interesse del socio "direttamente pregiudicato", fonda la propria decisione, di nullità della deliberazione, sulla violazione di "evidenti norme di ordine pubblico", ... volte a impedire, qualsiasi deviazione dello scopo economico-pratico del contratto di società" (così anche Cass. 15 dicembre 1980, n. 6491).

Successivamente la giurisprudenza ha decisamente ammesso la rilevanza, invalidante la decisione, della lesione dell'interesse del socio a non vedere modificata la "propria posizione rispetto alla società, così come contrattualmente configurata all'origine", introducendo quello che sarà il leit-motif della successiva giurisprudenza: quello dell'unica finalità fraudolenta come elemento sintomatico di "eccesso di potere" della delibera approvata a maggioranza. Si specifica (Cass. 7 febbraio 1979, n. 818) che "il vizio di eccesso di potere nelle deliberazioni sociali regolarmente adottate... non s'identifica in un vizio di merito circa l'opportunità della decisione", e che il sindacato giudiziario non comporta controllo giudiziario sulle libere determinazioni dell'autonomia privata, ma il controllo di legittimità della delibera in relazione alla presenza o meno di "un'unica finalità fraudolenta". Il carattere "fraudolento" dell'unica finalità perseguita attraverso la delibera assembleare sembra ricomprendere, nell'ampio filone giurisprudenziale che afferma la

<sup>3</sup> Cass., 12 maggio 1951, n. 1177, in *Foro It.* 1951, I, p. 694, con nota di SCIALOJA.

<sup>4</sup> Cass., 6 maggio 1963, n. 511, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 93.

sindacabilità dell'atto, sub specie di eccesso di potere, tanto l'illiceità (*id est* contrarietà alla legge) dello scopo perseguito e desiderato, quanto l'intenzionalità del vantaggio particolare (e del danno arrecato): occorre così la dimostrazione della lesione di un interesse giuridicamente protetto degli altri azionisti, la non giustificabilità della lesione alla luce dell'interesse sociale.

Con riferimento alla lesione dell'interesse del socio a mantenere inalterata la propria partecipazione sociale, lesione perseguita con delibere di aumento del capitale recanti esclusione o limitazione dell'opzione, richiamato quanto sopra espresso (e chiarito così che la diretta violazione del diritto di opzione rende di per sé invalida la delibera, senza doversi ricorrere alla figura dell'"abuso" o eccesso di potere; che, nella situazione di cui all'art 2441, V comma c.c, la posizione soggettiva del socio è quella di "affievolimento" del diritto e che quindi, l'accertamento giudiziale della pretestuosità dell'interesse sociale che esige l'ablazione o limitazione del diritto di opzione, produce la piena espansione del diritto individuale del socio), resta da considerare che, nell'ipotesi di decisione di aumento di capitale mediante conferimento di beni in natura, la degradazione del diritto soggettivo è per così dire, in *re ipsa*, alla luce del V comma dell'art. 2441.

In una nota controversia riguardante l'aumento di capitale della società Pirelli<sup>5</sup>, deliberato come da attuarsi in natura, mediante conferimento di partecipazione da parte della SIP, la deliberazione è stata impugnata da soci di minoranza per i quali il conferimento in natura sarebbe stato deliberato unicamente al fine di accrescere la posizione di controllo della famiglia Pirelli. Il giudice (Trib. Milano 14 giugno 1971) ammise la sindacabilità della "sostanza della deliberazione" per eccesso di potere, ma in concreto escluse l'unicità del fine fraudolento, ravvisando un ragionevole interesse sociale a giustificazione dell'operazione di conferimento.

A questa stregua si può però convenire con l'autorevole osservazione di Oppo il quale, partendo dal disposto dell'art. 42, II direttiva UE (per cui le legislazioni degli Stati membri salvaguardano la parità di trattamento degli azionisti che si trovano in condizioni identiche), ritiene che, in caso di aumento di capitale in natura, mediante conferimento di un bene nella titolarità di uno dei soci, la deliberazione sarebbe difficilmente giustificabile come assunta nell'interesse della società, tenendo conto che il bene può essere parimenti acquistato con disponibilità in denaro creato da un ordinario aumento di capitale, e aggiunge che "se il socio che deve alienare non accetta questa via, ciò basta a condannare il suo intento e chi lo favorisce".

Come è noto, la legge italiana di attuazione della seconda direttiva (dpr 10 febbraio 1986 n. 30) esplicitando nella Relazione il criterio di "non modificare il diritto interno se non nella misura strettamente indispensabile per osservare le prescrizioni della direttiva stessa", ha ritenuto di non dover apportare alcuna modifica normativa per dare fondamento nel nostro ordinamento al principio di "pari trattamento" di tutti gli azionisti nella società azionaria. E dalle parole di Carlo Angelici (nella Rivista di diritto civile

<sup>5</sup> Trib. Milano, 14 giugno 1971, in *Mon. trib.*, 1961, 675.

del 1986) emerge come l'opinione condivisa dalla maggioranza in seno alla commissione incaricata di predisporre il decreto legislativo attuativo della direttiva fosse quella secondo cui a sanzionare la disparità di trattamento tra gli azionisti sarebbe stato sufficiente proprio il disposto degli artt. 1175 e 1375 del c.c., evidentemente ritenuti direttamente applicabili alla materia<sup>6</sup>.

Un'altra situazione dibattuta come possibile lesione, da parte della maggioranza, di un interesse protetto degli altri soci è quella che fa capo all'interesse del socio alla ripartizione dell'utile. La disciplina positiva delle società di capitali (artt. 2328, 2350, 2433 del c.c.) porta ad escludere la configurabilità di un diritto soggettivo in capo al socio fino a quando l'assemblea non abbia deliberato la distribuzione degli utili realizzati, in alternativa all'accantonamento a riserva facoltativa. Ma ciò non ha escluso (v. la monografia di G. Rossi del 1957) la sindacabilità per eccesso di potere quando, ad esempio, l'unica finalità della decisione di accantonare gli utili sia quella di spingere il socio, che non ha altro reddito significativo che quello che deriva dalla propria partecipazione, ad alienarla in tutto o in parte<sup>7</sup>.

La giurisprudenza (Trib. Milano 13 gennaio 1983) appare prudente, in questi casi, nel ravvisare il presupposto dell'unica finalità fraudolenta fino a respingere l'impugnativa per "abuso di potere" della deliberazione di accantonamento degli utili a riserva, seppure valutata "già sufficientemente cospicua", per avere la società adottato da diversi esercizi la politica di non distribuzione dei dividendi, in ossequio al principio di prudente gestione, pur spinto fino "al limite estremo"<sup>8</sup>; mostrando così di dar rilievo, ai fini della rilevazione di elementi sintomatici dell'eccesso di potere, alle prassi applicative, secondo un criterio significativamente utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa.

L'interesse del socio alla conservazione della propria quota di partecipazione può venire pregiudicato anche da una delibera della maggioranza assembleare – prevalente rispetto al diverso interesse dei singoli alla conservazione – di decidere il disinvestimento di capitale e di cessare l'attività di impresa.

La giurisprudenza (Cass. 19 agosto 1983, n. 5410) ha ravvisato l'abuso di potere viziante nella delibera presa a maggioranza di avviare la società in liquidazione quando il fine effettivo sia quello di farne cessare un'attività concorrenziale con quella già svolta dai soci di maggioranza<sup>9</sup>; ancorché non sia tutelato direttamente dall'ordinamento l'autonomo interesse della società, pur prospera, alla prosecuzione dell'impresa sociale. In un'ipotesi siffatta – come in quella in cui la deliberazione di scioglimento sia adottata in virtù della successiva ricostituzione della società con esclusione dei soci di minoranza – la delibera, benché presa in danno della minoranza, non può essere considerata "neu-

<sup>6</sup> ANGELICI, *Diritto delle società e attuazione della 2a direttiva CEE: inquadramento della direttiva negli ordinamenti dei paesi CEE*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 32, 549 ss.

<sup>7</sup> V. sul punto la monografia di G. Rossi, *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, Milano, 1957.

<sup>8</sup> Trib. Milano, 13 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1068.

<sup>9</sup> Cass., 19 agosto 1983, n. 5410, in *Giur. it.*, 1984, I, 1138.

trale” rispetto all’interesse sociale, e la soluzione potrebbe così essere ricavata, anche in termini di conflitto di interessi, all’interno della disciplina dell’art. 2373.

Richiama proprio la clausola generale di “parità di trattamento” (Trib. Milano 14 giugno 1971 cit.) l’ipotesi di delibere che possono essere lette come appropriazione, da parte della maggioranza, di risorse economiche che avrebbero dovuto essere ripartite fra tutti i soci<sup>10</sup>.

Il caso giurisprudenziale più conosciuto ha riguardato le vicende che hanno consentito a suo tempo il risanamento finanziario della società Dalmine attuato dal socio di maggioranza Finsider: L’antefatto era costituito, in presenza di perdite gravissime, da una delibera di aumento di capitale sottoscritto dalla sola Finsider, con impegno di quest’ultima a mantenere in “gestione speciale” le corrispondenti azioni emesse da Dalmine fino al completamento del programma di risanamento; al termine del quale, gli azionisti di minoranza avrebbero potuto esercitarne il riscatto. Il socio di maggioranza, attuato con successo il programma di risanamento, faceva deliberare dall’assemblea l’accantonamento a riserva dell’utile conseguito nel periodo e, in sede straordinaria, il passaggio da riserva a capitale con aumento gratuito mediante maggiorazione di valore – del 250% – di tutte le azioni. L’esercizio del diritto di riscatto delle azioni in “gestione speciale” riconosciuto ai soci di minoranza risultava così assai oneroso e tale in misura ben superiore a quello che sarebbe derivato se l’assemblea avesse approvato la proposta presentata dalla minoranza, previa delibera di distribuzione dell’utile a tutti gli azionisti e, in sede straordinaria, l’aumento di capitale a pagamento per lo stesso ammontare corrispondente ai “mezzi propri” di cui la società aveva bisogno. L’effetto prodotto da tale alternativa sarebbe solo quello di ripartire fra tutti gli azionisti il risultato utile della gestione speciale, attuata a proprio rischio e con anticipo dei mezzi economici dal solo socio di maggioranza. Gli azionisti di minoranza impugnano le delibere assunte dall’assemblea lamentandone il vizio di eccesso di potere, considerando l’unicità del fine a carattere fraudolento perseguito dal socio di maggioranza, ravvisato in quello di scoraggiare il riscatto delle azioni e mantenere così saldamente in proprio mani il capitale di comando della ormai monoazionista Dalmine. Tribunale e Corte d’Appello di Milano considerarono non provata l’unicità del fine fraudolento perché la lesione dell’interesse invocata dai soci di minoranza sarebbe stata giustificata tanto nel superiore interesse della società-istituzione (oggi si potrebbe dire dell’interesse comune dei soci) quanto in una legittima prerogativa dei soci di maggioranza al “mantenimento della posizione di supremazia conseguita” ed acquisita in ragione della giustificabilità dell’aumento di capitale nella misura e secondo le modalità di attuazione previste nella prima non contestata delibera.

La soluzione giurisprudenziale del caso potrebbe apparire in contrasto con il principio della “proporzionale distribuzione” tra i costi e i benefici derivanti da una delibera il cui contenuto sia necessitato o comunque adeguato per la realizzazione dell’interesse sociale. Questa ipotesi si verifica quando sia praticabile una scelta fra soluzioni egual-

---

<sup>10</sup> Trib. Milano, 14 giugno 1971, cit.

mente giustificabili in base all'interesse sociale, ma differenziate sotto il profilo della ripartizione di costi e benefici fra maggioranza e minoranza, nel senso che, soltanto una delle alternative postulate come neutre rispetto all'interesse sociale fa risentire vantaggi o svantaggi in modo comparativamente differenziato fra maggioranza e minoranza. In una visione "contrattualistica" del fenomeno societario l'attuazione del rapporto sociale non si esaurisce nei rapporti interorganici e nell'imputazione dell'attività degli organi alla società-persona (cosiddette regole di azione) relegando a relazioni di mero fatto i rapporti dei soci fra loro; al contrario, le relazioni intersoggettive fra gli azionisti non si collocano in un'area di sostanziale anomia, ma danno vita a rapporti giuridici retti da norme di relazione o quantomeno dalla clausola generale di buona fede.

Nell'esperienza nordamericana è ormai risalente l'affermazione dell'esistenza di una "obbligazione fiduciaria" degli azionisti di maggioranza nei confronti della minoranza ad esercitare "fairly" i propri poteri di comando; e in base ad essa la Corte competente condannò La Southern Pacific (e per essa gli azionisti di maggioranza) a ripartire proporzionalmente e ad uguali condizioni per la minoranza le nuove azioni attribuite nell'ambito di una procedura di "reorganization". Nella dottrina italiana, Oppo afferma che "il socio ha, per contratto, il diritto, quale che sia il sacrificio richiesto nell'interesse comune, di concorrervi solo nella proporzione stabilita dal contratto e ha diritto a che gli altri soci vi concorrano nella proporzione stabilita"<sup>11</sup>. Peraltro proprio il richiamo che ivi si fa alla dottrina sulle "basi essenziali" del contratto, ci riporta alla considerazione delle "sopravvenienze" e, fra queste, a quella circostanza sopravvenuta nelle vicende contrattuali che è costituita dalla crisi dell'impresa sociale. In questa situazione, specie quando, per effetto della crisi, "il valore della partecipazione è ridotto allo zero matematico o a insignificante frazione dell'unità", le scelte di fronte agli azionisti sono molto drastiche: o la liquidazione, con la prospettiva di apertura di una procedura concorsuale, o la ricapitalizzazione tra chi si assume l'onere economico ed il rischio di continuare l'esercizio dell'impresa tentando il risanamento. Nell'ottica contrattualistica, le "sopravvenute circostanze" determinano una situazione per la quale la prassi contrattuale internazionale ricorre alle Hardship clauses, con le quali le parti restano vincolate, in ragione del verificarsi di circostanze incompatibili con l'originario equilibrio economico, a perseguire l'adjustment del contratto attraverso una "re-negotiation" da condurre secondo i criteri conformi alla regola di correttezza e buona fede.

Anche la giurisprudenza tedesca riconosce che il gruppo di maggioranza nelle scelte economiche ad esso affidate può anche compiere valutazioni errate perché troppo rischiose e dunque risultate produttive di danno. Il limite all'azione di maggioranza opera solo nel caso che il danno sia la conseguenza del perseguimento di vantaggi particolari di uno o di alcuni soltanto fra i soci e, il danno in tal caso non è "mero accidente" dovuto a errata valutazione dell'interesse sociale; è invece il rapporto da causa ad effetto della deliberazione presa di cui è l'effetto voluto - ancor che non vi sia l'*animus nocendi*, disgiunto

<sup>11</sup> OPPO, *Uguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 1649.

dal perseguimento del proprio interesse personale, del proprio vantaggio particolare- effetto voluto e prodotto dal voto maggioritario.

La tradizionale giurisprudenza francese utilizza proprio il generale principio di “abuso del diritto” costruito a partire dalla fondamentale elaborazione di Josserand, al fine di dichiarare l’invalidità di deliberazioni assembleari prese ad esclusivo profitto del gruppo maggioritario ed a danno dei soci di minoranza.

Nel pur estremamente variegato sistema di common law è operante il limite della “fraud of minority” come vincolo rigoroso al comportamento abusivo dei soci: tale anche senza la presenza di condotte ingannevoli; limite coincidente nella sostanza con l’abuse of power. Resta però essenziale, per riconoscere validità a deliberazioni che hanno per effetto l’estromissione o la riduzione delle partecipazioni sociali delle minoranze, che non ricorra un positivo interesse sociale o comune dei soci (inteso come ricerca della massimizzazione della profittabilità del capitale investito dai soci stessi) che ne dia la giustificazione.

Se la casistica sopra riportata ci mostra un orientamento giurisprudenziale piuttosto univoco nell’individuare fattispecie in cui sanzionare con l’invalidità atti imputabili alla maggioranza assembleare, atti formalmente legittimi, ma caratterizzati dall’intento di arrecare ai soci di minoranza danni non giustificati da un prevalente interesse sociale o di distribuire vantaggi o svantaggi in modo differenziato per ceti sociali, e che ha ritrovato, un po’ empiricamente – ma a ben vedere sulla falsariga dell’interpretazione corrente dell’art. 1344 c.c. – nell’unica “finalità fraudolenta” in danno di un legittimo interesse del socio, l’elemento da verificare come preminente (e utilizzato talvolta come sintomo di eccesso di potere, talora come abuso del diritto, talora ricondotto alla fattispecie tipica del conflitto di interessi), assai dibattuta in dottrina è stata la praticabilità stessa della repressione dell’abuso con la sanzione di invalidità; e comunque la ricerca e l’individuazione del referente normativo e concettuale che giustificasse le soluzioni adottate.

La ricordata prima decisione della Suprema Corte (sentenza n. 1177 del 1951) esibisce un fondamento concettuale piuttosto “povero” a giustificazione della qualificazione come nulla per illiceità, della deliberazione di aumento del capitale che sia diretta al fine fraudolento di eliminare “soci molesti” individuandolo in una apodittica enunciazione di contrarietà all’ordine pubblico. Ma gli autorevolissimi commenti (Mossa, Scialoja, Ascarelli, De Gregorio, Ferri) che ne sono scaturiti hanno ricercato una più solida base di diritto positivo per la “nuova regola” ritrovandola, soprattutto da parte di Ascarelli e De Gregorio, in un principio generale tratto per “analogia iuris” dall’art. 2373 del c.c.

Da tale norma sarebbe deducibile il principio generale per cui il voto è attribuito per il perseguimento dell’interesse sociale, o quantomeno, detto fine è a fondamento e a giustificazione dell’attribuzione del diritto di voto; diritto che non può dunque essere diretto in danno di altri soci se ciò non è giustificato dall’interesse sociale. Nella ratio legis dell’art. 2373 è certamente compreso l’intento di non far venir meno a priori il fondamento organizzativo del principio maggioritario che si collega alla massima di esperienza per cui a maggior investimento corrisponde maggiore probabilità di miglior decisione e cioè di quella più rispondente all’interesse comune dei soci. È peraltro condivisibile l’opinione di Gambino secondo cui a tale norma non può applicarsi lo strumento analogico



neppure sub specie di analogia iuris perché la norma dell'art. 2373 si pone come norma "eccezionale" (eccezionalità che non potrebbe certo essere negata in base alla corrispondente norma posta dall'art. 2391 per gli amministratori, perché questi ultimi soltanto gestiscono un patrimonio che loro non appartiene e dunque non possono perseguire alcun tipo di interesse personale che diverga da quello sociale). In verità è apparsa dubbia anche la ricorrenza della *eadem ratio* sotto due aspetti. Da un lato l'art. 2373 dà rilievo a situazioni "obiettive e preesistenti" alla delibera: tale relazione tra il socio in conflitto e un determinato bene della vita non sarebbe ravvisabile nel caso di voto esercitato per ottenere un vantaggio personale in danno ad altri soci. Ma neppure l'altro termine del rapporto (il danno per il socio di minoranza) vede una situazione corrispondente nelle due ipotesi. Il pregiudizio del socio di minoranza, nella fattispecie di cui all'art. 2373 è irrilevante e può mancare del tutto. Emblematico è l'esempio prospettato da Jaeger di deliberazione di acquisto, a prezzo esorbitante, di un immobile di cui siano comproprietari, in parte uguale, tutti i soci aventi anche pari partecipazione nella società. Il socio che, anche solo per scrupolo morale, fosse dissenziente, sarebbe stato legittimato all'azione di annullamento ex art. 2373 pur se dall'operazione non ha subito alcun danno patrimoniale, perché il conflitto esiste ed il danno è del "gruppo" o meglio della società come persona giuridica. L'assenza del danno del gruppo è invece "postulata" nella situazione che stiamo esaminando, perché, quando si dimostra che il danno per i soci di minoranza passa anche per la lesione dell'interesse comune, il conflitto di interesse dei soci di maggioranza con la società ci riporta all'esegesi dell'art. 2373.

La variante giurisprudenziale – che abbiamo visto, in passato, molto diffusa – è quella che si fonda sul vizio di eccesso di potere da intendersi come evasione dell'esercizio del potere deliberativo dell'assemblea dalla causa tipica del contratto. A questa stregua, si vuole circoscrivere la permanenza del potere assembleare fondato sul principio maggioritario fino a che le finalità concretamente perseguite – la "causa concreta" dell'atto – siano compatibili con gli interessi di rilevanza causale; oltre tale limite l'assemblea agirebbe "fuori dal contratto", che costituisce la fonte di legittimazione del suo potere. Si avrebbe una divergenza tra intento empirico dei soci di maggioranza e causa tipica del contratto di società, quando i poteri che da questa situazione scaturiscono vengono adoperati per il perseguimento di interessi non necessariamente "antitetici" – come nella fattispecie tipizzata dall'art. 2373 –, ma anche soltanto estranei al contratto di società. Questa impostazione ha il vantaggio di poter prescindere dal dover dimostrare il carattere illecito dell'interesse concretamente perseguito. L'ascendente nobile di tale costruzione – come meglio vedremo in prosieguo – risale a Carnelutti<sup>12</sup> che nel 1926 introduceva l'utilizzo della nozione di sviamento del potere, come vizio della causa, al di fuori del procedimento amministrativo in cui essa si era sviluppata, anche entro la sfera privatistica applicandola a situazioni in cui il "potere sia dato per la tutela di un interesse altrui".

<sup>12</sup> CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 180.

È stata da Gambino radicalmente contestata l'assimilazione della delibera assembleare all'atto amministrativo per quanto attiene alla sindacabilità dei fini. La definizione di cui all'art. 2247 si limita ad individuare nella comune finalità lucrativa la causa del contratto di società. L'articolo 2373 costituirebbe il solo strumento normativo di portata generale per poter sindacare la riconducibilità della deliberazione formalmente valida alla "causa" societaria. Secondo tale orientamento la validità formale, a patto che non vi sia impedimento di legge o di statuto, è assicurata non dal suo contenuto ma dal rispetto delle norme procedurali – legali e statutarie – di formazione della volontà degli organi sociali. L'individuazione di limiti causali alla valida autodeterminazione dell'interesse sociale non può che fondarsi sulla norma di chiusura dell'art. 2373. L'art. 2352, per il quale è concesso il voto al creditore pignoratizio e all'usufruttuario, sancisce il diritto del terzo sulla partecipazione sociale di perseguire sino al limite della lesione dell'interesse sociale il proprio personale tornaconto. In realtà la giurisprudenza di merito (Trib. Gorizia 30 ottobre 2001, ordinanza) ha mostrato di desumere dal combinato disposto degli articoli 2786 capoverso e 2790 che il voto espresso in assemblea dal creditore pignoratizio di titoli azionari non è svincolato da ogni limite ma "deve ispirarsi al principio di buona amministrazione e di conservazione del valore delle azioni e non recare pregiudizio al debitore"<sup>13</sup>. Peraltro, l'apparentemente attenuata rilevanza della causa tipica del voto, che qui opera solo come limite, sembra trovare sufficiente spiegazione nella peculiare posizione del creditore pignoratizio del socio, come titolare di un interesse rafforzato alla conservazione del valore dell'oggetto della garanzia. In un certo senso nella *ratio legis* è prevalente la percezione dell'immanente conflitto di interesse del socio-debitore pignoratizio.

Sì è anche pensato di poter sperimentare l'estensione della tematica dei cosiddetti diritti individuali del socio, con specifico riferimento a quelle posizioni, individualmente protette che possono risultare ingiustificatamente compresse da delibere assembleari. Situazioni che abbiamo visto ricorrere con particolare riferimento a figure soggettive, come il diritto di opzione o il diritto alla percezione degli utili, il cui esercizio o la cui titolarità sono rimessi a spazi di valutazione discrezionale dell'assemblea. Occorre però tenere ben distinto il problema dell'esercizio abusivo del potere – del potere discrezionale dell'assemblea da cui deriva l'affievolimento del diritto individuale del socio – dal tema dei diritti individuali del socio. Questi ultimi, quando sono sussistenti, costituiscono un limite all'efficacia stessa della volontà sociale in quanto tale, non un limite di imputabilità alla volontà sociale della decisione di maggioranza. A questo proposito è bene riportare come sia opinione corrente che nel diritto societario statunitense, a temperare la flessibilità del diritto di fonte legislativa, la giurisprudenza (in specie quella, apprezzatissima, dello stato del Delaware) è assai severa nell'applicazione della clausola generale – di Common law – per cui gli amministratori, ma anche gli azionisti di maggioranza hanno il dovere fiduciario di agire secondo correttezza e buona fede nei confronti della società

<sup>13</sup> Trib. Gorizia, 30 ottobre 2001, *Ord.*, in *Soc.*, 2002, 201.

e dei soci in quanto tali. Come viene ricordato da Enriquez, l'espressione in uso per indicare come le Corti esercitano questo controllo sulla correttezza di un atto, di una operazione o di un comportamento, è estremamente efficace nella sua apparente rozzezza: si dice che, se un'operazione è "stinks badly enough" letteralmente è "sufficientemente puzzolente", le Corti troveranno il modo di dichiararla illegittima e di sanzionarla con l'invalidità o con rimedi risarcitori.

Il contributo decisivo sul piano della esperienza giurisprudenziale, anche per la configurazione concettuale del vizio individuato in deliberazioni assembleari affette da "abuso" in danno della minoranza è stato fornito dalla sentenza 26 ottobre 1995 n. 11151 della Corte di Cassazione<sup>14</sup>. Con tale decisione, la Suprema Corte è pervenuta, con motivazione che si è fatta carico della confutazione delle argomentazioni contrarie, a individuare nel principio di correttezza e buona fede, sancito dagli artt. 1175 e 1375 del c.c. il fondamento dell'illegittimità e conseguente invalidità di una delibera assembleare che, pur nella "neutralità" dell'interesse sociale, sia stata adottata con l'unico fine di danneggiare i soci di minoranza. In sintesi, la Suprema Corte, dopo aver rilevato che, a seguito dell'esplicito riconoscimento legislativo della figura del contratto plurilaterale in cui le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune – art. 1420 –, non è più revocabile in dubbio l'appartenenza all'area contrattuale dell'atto costitutivo delle società, quando sia stipulato da più soggetti, ha affrontato il problema se l'avvenuta creazione di una organizzazione sociale dotata di personalità giuridica costituisca ostacolo alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale dopo l'avvenuta costituzione della società. Ed ha fornito risposta negativa rilevando che "la soggettività dei gruppi organizzati non può essere messa sullo stesso piano di quella degli individui persone fisiche" 'posto che' mentre in quest'ultimo caso l'imputazione delle situazioni giuridiche è fine a se stessa, nell'altro, essa è destinata a tradursi in situazioni giuridiche individuali facenti capo a singoli membri".

La "quaestio", in verità assai controversa, tra "teorie riduzionistiche" e l'affermazione di "realità" del soggetto persona giuridica in quanto tale, non viene ovviamente affrontata nei suoi termini concettuali; ma, entro una visione che vuol essere pragmatica e realistica, si vede l'ente personificato come un centro di imputazione meramente tran-

<sup>14</sup> Pubblicata in *Giur. comm.*, 1996, II, 329 e ss.; "Cassazione e contrattualismo societario; un incontro?" con le note di commento di ANGELICI, CORSI, COSTI, GAMBINO, JAEGER; cui adde, nel senso della generale contrarietà all'uso di clausole generali nel diritto societario, CANDIDO FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia societaria nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2001, 421. La giurisprudenza successiva non si è più allontanata da questo indirizzo estendendone l'applicazione anche al caso di "Abuso della minoranza" quando questa paralizzi ingiustificatamente la possibilità di azione della maggioranza (V. Trib. MI, in *Giur. comm.*, 2016, II, 200, con nota di TRIOLO, *La delibera negativa dell'assemblea: un futuro ancora incerto*).

Sull'abuso del diritto nel diritto societario, v. FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1988; ANGELICI, *L'abuso nel diritto commerciale*, 2017, I, 365 e ss.; MONTALENTI, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 873; RORDORF, *Il diritto esorbitante; abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato, Il fall.*, n. 10, 2020, 1199 e ss.

sitorio e strumentale. Talché la personalità giuridica non va riguardata come lo statuto di un'entità reale ("l'omone" di ascendenza ascarelliana), ma come l'effetto di una particolare normativa "avente pur sempre ad oggetto relazioni fra gli uomini". Il passaggio successivo mira a confutare l'obiezione per cui, essendo il contratto costitutivo della società diretto allo svolgimento, in futuro, di un'attività economica, esso dà vita a situazioni che, per poter essere affrontate, richiedono ulteriori determinazioni volitive per tutta la durata del rapporto; e queste successive manifestazioni di volontà non possono che essere ricondotte nell'ambito di quella attività esecutiva che è disciplinata, nel fenomeno contrattuale, dall'art. 1375 del c.c. Si obietta che non sempre e non necessariamente il contratto deve contenere il regolamento compiuto di un determinato assetto di interessi, in presenza del quale alle parti non resterebbe "altra possibilità che quella di specificare, con maggiori dettagli, una disciplina che è già stata dettata in modo definitivo". Questa costruzione si adatterebbe ai contratti di scambio, ma non vale a rappresentare la complessa realtà dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, i quali presentano, *naturaliter*, la caratteristica di esigere, per la loro attuazione, una serie indefinita di nuovi atti giuridici. Per questo essi non possono regolare, *ab initio*, gli interessi dei soci in modo conclusivo, ma danno vita ad una organizzazione che ha il compito di regolare lo svolgimento dell'attività programmata e che, nelle società di capitali, "è caratterizzata dall'attribuzione alla maggioranza dei soci di un potere dispositivo, il quale si estende fino alla modifica dello stesso contratto originario". Di qui l'assimilazione delle determinazioni dei soci "durante societate" ad atti di esecuzione preordinati alla miglior attuazione del contratto sociale, con l'ulteriore conseguenza dell'applicazione dell'art. 1375, per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede e dunque secondo un impegno di cooperazione che impone comportamenti rispettosi dei legittimi interessi delle controparti.

Anche se il nuovo orientamento della Suprema Corte appare basato su fondazioni più solide di quelle precedenti, tuttavia il referente testuale per l'applicazione delle regole di correttezza e buona fede nei rapporti fra i soci, nelle società di capitali, con gli effetti che vi connette la giurisprudenza stessa, non può dirsi certo e indiscutibile. Non solo per la non necessaria origine contrattuale, o negoziale delle società di capitali, ma anche per due altre ragioni che sono state prospettate. Anche chi ammette che il contratto di società -come ogni altro- è soggetto nella fase di esecuzione alla regola di buona fede, è portato a rilevare che questa regola, nel campo contrattuale, è criterio di determinazione del modo della prestazione, che presuppone già dimostrato l'obbligo di prestazione derivato dal contratto. Ed anche per l'art. 1175 del codice c.c., riferito ad ogni rapporto obbligatorio, e che comprende il creditore stesso fra i soggetti tenuti all'obbligo di buona fede, la buona fede è ritenuta regola di specificazione di un rapporto già per sé esistente, non fonte autonoma di diritti ed obblighi. Da altri si sottolinea inoltre la difficoltà di ordine dogmatico a collegare una sanzione di invalidità dell'atto - sia esso identificato nella singola manifestazione di voto, ovvero nella delibera dell'organo collegiale - alla violazione della regola di buona fede e correttezza che, in base all'art. 1375 costituirebbe solo fonte di responsabilità per l'inadempimento agli obblighi da essa derivanti.

Pur trattandosi di opinioni autorevoli e ampiamente recepite dalla dottrina prevalente, l'una e l'altra di esse non sembrano obiezioni del tutto insuperabili. Ci si limita a

ricordare, sotto il primo profilo che talvolta la regola di correttezza costituisce la fonte esclusiva di un'obbligazione di comportamento senza accedere ad un obbligo di prestazione originato da diversa fonte, come accade, in tema di responsabilità precontrattuale, laddove ad esempio la libertà di ciascuna delle parti di recedere dalle trattative prima della conclusione dell'accordo trova il limite nella inosservanza di un'obbligazione specifica che la legge – fonte essa stessa dell'obbligazione *ex art* 1173 del c.c. – pone a carico delle parti nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.). Così come, sotto altro profilo, non si dubita, all'interno di un rapporto obbligatorio comunque costituito, che il principio di correttezza, alla stregua della norma generale di cui all'art. 1175, si diriga non solo verso il debitore, ma anche verso il creditore, determinando a suo carico un "obbligo di cooperazione"; obbligo che si innesta in un sistema di doveri gravanti sul soggetto attivo del rapporto, in quanto delimitatori della prestazione. Considerazione quest'ultima, che vale anche a confutare un'obiezione formulata da Gambino, dal momento che anche l'ascrizione del voto ad esercizio di una situazione soggettiva attiva del socio non varrebbe a sottrarre quel momento alla sottoposizione alla regola di cui agli artt. 1175 e 1375 del c.c.

Sotto il secondo profilo – l'essere cioè l'obbligo di correttezza regola di comportamento, e dunque cagione di eventuale responsabilità risarcitoria, e non regola di validità – va rilevato che la premessa, per cui la violazione di doveri anche precontrattuali di comportamento non può incidere sulla validità dell'atto che da tale comportamento risulta viziato, non può essere accolta nella sua assolutezza. Il tema verrà affrontato successivamente. Ma basti pensare che nel sistema delineato dagli artt. 1338-1428-1431 del c.c. la violazione, ad opera del destinatario di una dichiarazione negoziale viziata da errore riconoscibile, dell'obbligo di rilevare l'errore – esercitando la normale diligenza – e di darne comunicazione all'altra parte, è sanzionata con un effetto che opera sul piano della validità, producendo l'annullabilità del contratto.

Proprio il "nuovo" orientamento della Suprema Corte espresso con la sentenza 11151 del 1995 in una fattispecie in cui il sanzionato vizio concerneva una delibera di scioglimento della società assunta dalla maggioranza al ritenuto fine esclusivo di conseguire un proprio vantaggio ai danni della minoranza, apriva lo spazio a riflessioni tanto sul rapporto contratto-società-impresa, de Iure condito, quanto sull'opportunità, de Iure condendo, di dare una non equivoca base positiva a quello che è stato il punto di arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale. Opportunità lasciata cadere dal legislatore della riforma.

Certamente è vero che l'applicazione della clausola generale è stata legittimata sulla base di una applicabilità della disciplina del contratto e poggia su queste sole basi. Sotto questo profilo la sentenza è stata salutata favorevolmente da quegli autori che vi hanno visto l'esplicito e definitivo abbandono, da parte della nostra giurisprudenza, dell'opzione istituzionalistica e la sua piena conversione alla più dinamica delle concezioni contrattualistiche. Anche se, come ha notato argutamente Carlo Angelici, in relazione alla fattispecie decisa (avente ad oggetto una deliberazione assembleare di messa in liquidazione della società espressa dalla maggioranza per poter realizzare l'interesse extra-sociale del socio di maggioranza a proseguire la medesima fruttuosa attività di impresa autonomamente e senza la sgradita presenza del socio di minoranza) posto che è nella libertà di ciascun socio contribuire a decidere, col voto, la permanenza del proprio investi-

mento, in base ad una valutazione del proprio personale interesse destinato a prevalere, se maggioritario, su quello alla prosecuzione dell'impresa sociale, paradossalmente, da un'impostazione che nasce all'insegna del contrattualismo, finisce per essere premiata una ragione di tipo istituzionalistico. Con la precisazione, da parte di Francesco Galgano, che l'idea di contratto, basata come è sul consenso e non sulla autorità, entro la parità delle parti, è in grado di valorizzare i singoli dentro le collettività organizzate e di offrire strumenti idonei alla loro difesa contro il potere dei ceti dominanti.

Ma tale soluzione, de iure condito, è apparsa di difficile compatibilità con la previsione dell'art. 2373 che, secondo Gambino, "in presenza di quel vincolo generale non avrebbe possibilità di autonoma applicazione".

De iure condendo, secondo la proposta della commissione Rovelli (tradotta in disegno di legge governativo presentato alla Camera il 14 febbraio 2001 e contenente la revisione delle disposizioni generali sulle società e la riforma delle società di persone) il nodo era reciso con l'introduzione all'art. 2249 della norma per cui "nei rapporti relativi alla società devono essere osservate le regole di correttezza". Accanto alle voci di consenso si sono levate anche molte critiche alla proposta, che riecheggia ampliandola quella formulata un decennio prima dalla commissione Di Sabato. Una parte di tali critiche ravvisa l'inutilità della proposta, intesa come rivolta a superare le remore culturali dell'interprete, fino ad apparire, con significativo rovesciamento dei ruoli, come una "supplenza legislativa rispetto alle carenze della giurisprudenza"<sup>15</sup> (così Carlo Angelici). L'apparente paradosso probabilmente si spiega con il timore che un troppo facile utilizzo della clausola generale, portata entro un contesto che contiene una così rilevante e complessa costellazione di interessi, possa essere fruito, specie in caso di controversie giudiziali, da "addetti ai lavori" non sempre dotati di esperienza e di cultura sufficiente a fare un uso ben sorvegliato e prudente della clausola generale.

L'indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 11151 del '95 è stato sostanzialmente seguito nella successiva giurisprudenza della Suprema Corte<sup>16</sup>, ove si esprime la massima secondo cui la delibera è abusiva, oltre che nel caso in cui "sia il risultato di un intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti spettanti ai soci di minoranza" "nella diversa e più generale ipotesi in cui "essa non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un personale interesse antitetico a quello sociale". In tal modo, permangono ambiguità non del tutto risolte sulla sovrapposizione non svolta della regola "privatistica" estratta dalla disciplina del contratto e quella, in qualche modo di derivazione amministrativistica, basata sull'oggettivizzazione dell'abuso del diritto. Recentemente la Suprema Corte (Cassazione S.U. N, 17186 del 2018) modificando

<sup>15</sup> Così ANGELICI, *Rapporti sociali e regola della correttezza*, in *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, in *Quaderno n. 4 della Rivista del diritto dell'impresa*, Napoli, 1993, 47 ss.

<sup>16</sup> Tra cui rileva peraltro Cassazione 17 luglio 2007 n. 15942, in *www.dejure.it*.

un precedente orientamento e risolvendo un problema sorto in presenza di conflitto, in sé del tutto fisiologico, fra creditori nei concordati di massa, ha enunciato il principio di diritto secondo cui “riconosciuto come principio cardine del diritto privato quello dell'autonomia negoziale, la valenza del principio maggioritario non può attuarsi in violazione della intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui”, affermando altresì che “l'eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all'approvazione del concordato così come alle assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell'autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti”<sup>17</sup>.

In ogni caso e conclusivamente, se può apparire “defettivo” il richiamo alla clausola di buona fede, (così come ricavata dalla disciplina del contratto) per dare risposta a problemi relativi ad un atto, come la delibera assembleare, che è tipico strumento dell'azione sociale del gruppo, della società come “organizzazione”, allora anche tale profilo va coinvolto nell'indagine per evitare appunto l'impressione che uno strumento – quale quello della buona fede oggettiva entro una fattispecie negoziale – considerato applicabile all'area soltanto individuale, vada ad essere impropriamente utilizzato come valevole a disciplinare anche “l'area collettiva”. Sotto tale profilo e sotto questo soltanto riprende l'interesse per il vizio di eccesso di potere e dunque, per suo tramite, anche della categoria dell'abuso del diritto inteso come riproposizione nel campo del diritto privato dello strumento tipico, di derivazione amministrativistica, di verifica della corrispondenza dell'esercizio di un potere alla funzione tipica per il cui perseguimento esso viene accordato e delle conseguenze che ne possono derivare nell'ambito di cui all'art. 1322 del c.c.

Si può così ribadire che, se la proposta di affidare all'istituto dell'eccesso di potere -non ancora impostato è interpretato in chiave civilistica – significativi spazi di tutela delle minoranze assembleari è stata in origine costruita sul presupposto della concezione istituzionale della società, la sua riproposizione nei termini qui proposti, di contaminazione fra diritto pubblico e diritto privato, non è affatto legata alla concezione istituzionale; ma lo stesso richiamo all'esigenza di protezione delle minoranze deve tenere conto della società come organizzazione e della votazione assembleare come strumento di azione del gruppo.

Sembra dunque opportuno riservare una considerazione specifica alla figura “antica”, ma che prende sempre nuovi contorni, che va sotto la denominazione di abuso del diritto; e, preliminarmente, procedere ad un'analisi del contesto storico in cui è emersa la figura dell'interesse legittimo per verificare la sua esportabilità, sul solo piano concettuale, entro l'ordinamento di diritto privato.

<sup>17</sup> Cass. Sez. Un., 28 giugno 2018, n. 17186, in *www.unijuris.it*.

### 3. Gli interessi legittimi

Veniamo così a svolgere una riflessione sugli “interessi legittimi” per proporre una lettura destinata a saggiarne la capacità di fondare, sul piano concettuale, una fruttuosa contaminazione fra diritto pubblico e diritto privato.

Le situazioni giuridiche non hanno, o non hanno necessariamente, un fondamento ontologico; ma o derivano dal diritto positivo, da cui vengono estratte o, quando hanno origine da una creazione intellettuale del ceto dei giuristi, assolvono ad una funzione determinata e restano ad essa legate. Ma, anche esaurita la loro funzione storica può restare l'utilità del “concetto” in quanto tale.

L'individuazione della figura dell'interesse legittimo ha risposto all'esigenza – storicamente progressiva – di accordare, una volta venuti meno gli organi del contenzioso amministrativo, tutela a posizioni soggettive che, in quanto non rientranti o non fatti rientrare fra i “diritti civili e politici”<sup>18</sup> (di cui all'art. 2 della legge n. 2248 allegato E del 1865) non potevano ricevere protezione dal giudice ordinario divenuto, in quel contesto, giudice unico.

L'esperienza concreta dell'unità della giurisdizione presso il giudice ordinario dopo il 1865 aveva finito per dare, verso gli atti della pubblica amministrazione, una tutela ancor meno efficace di quella offerta dalla previgente giurisdizione “domestica”. La cultura giuridica “liberale”, ancora di tradizione giacobino-bonapartista, riconosceva al potere esecutivo uno spazio di “amministrazione pura” sottratta ad ogni controllo del potere giudiziario, all'insegna del brocardo per cui “giudicare l'amministrazione è pur sempre amministrare”. La stessa cultura civilistica dell'epoca, di stampo pandettistico e legata ad un sistema di diritti cosiddetti “titolati” e costruiti secondo gli archetipi del diritto di proprietà e del diritto di credito, non offriva affidabili strumenti per il controllo giurisdizionale dell'esercizio del potere discrezionale della P.A.

E non si registrò alcun reale contrasto fra giudice civile e Consiglio di Stato -che ancora inquadrato quale organo di alta amministrazione esprimeva le decisioni del Sovrano allorché si profilava “difetto di giurisdizione” del giudice ordinario a causa dei “poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione”, come si esprime ancora oggi l'art. 41 II comma del codice di rito civile- anche dopo che nel 1877 quel compito passò alla Cassazione di Roma.

Con l'istituzione nel 1889 – vera data di nascita del moderno diritto amministrativo – della quarta sezione del Consiglio di Stato, formalmente ancora all'interno della P.A. iniziò l'opera “creativa” di quest'organo. E ciò poté avvenire proprio attraverso l'invenzione, ex-novo, della situazione soggettiva che veniva protetta in quanto dava legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo ritenuto di essa situazione lesivo. Inoltre, l'elaborazione – per l'epoca arditissima, oggi legittimata da art. 97 della Costituzione – di “potere funzionale” apre la via al sindacato per eccesso di po-

<sup>18</sup> Art. 2 della legge n. 2248 del 1865, allegato E.



tere ed alla elaborazione delle varie figure sintomatiche dello sviamento dell'atto dalla sua causa tipica. L'iniziale collateralità dell'organo rispetto alla P.A. è stata storicamente strumentale per superare la diffidenza dell'amministrazione verso la funzione stessa del "Giudice" in quanto tale. È del 1931 un saggio di Vittorio Scialoja – "Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale" – in cui, pur dandosi atto che il riconoscimento legislativo si ebbe solo nel 1907, si sottolinea come l'approdo giurisdizionale avvenne "per forza propria dell'organo", per la sua capacità di forgiare concetti destinati poi a diventare "categorie" paradigmatiche<sup>19</sup>.

Va riconosciuto che l'interesse legittimo non può oggi essere identificato in un diritto soggettivo "depotenziato"; né essere riconosciuto soltanto quale interesse occasionalmente protetto; o come esistente, in *rerum natura*, in uno spazio intermedio fra il diritto soggettivo (quale interesse dotato dall'ordinamento giuridico della propria armatura di protezione) e l'interesse semplice – (il gheriglio privo di guscio secondo la metafora di Thon). Certo una risalente ed autorevole corrente dottrinale sia di processualisti, da Chiovenda al primo Allorio, sia di amministrativisti, da Guicciardi a Massimo Severo Giannini, lo riconosce solo come "mero fatto di legittimazione al processo"<sup>20</sup> (Giannini); ovvero come puro potere di azione<sup>21</sup> (Chiovenda). E, come ha rilevato Scoca, la teoria processualistica equivale a negazione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva<sup>22</sup>.

Neppure forse è del tutto esatto affermare che la civilistica, all'epoca, fosse totalmente priva delle risorse scientifiche idonee a inquadrare siffatta figura. La nozione di interesse legittimo è per sua natura nozione di carattere generale; esso non può essere concepito se non di fronte ad un "potere" – sia esso pubblico o privato – e ad un atto di suo esercizio. Al diritto civile era ben conosciuta l'esistenza accanto alla coppia diritto-obbligo della coppia potere-soggezione. Ebbene, in via di prima approssimazione e con particolare riferimento agli interessi legittimi che oggi chiamiamo di tipo oppositivo, può dirsi che la genialità dei padri fondatori delle categorie del diritto amministrativo è stata quella di cogliere una situazione che la volgata civilistica definiva come situazione soggettiva "passiva" – immagine speculare del potere amministrativo – per individuarne caratteri in cui essa si pone come situazione "attiva" per il soggetto interessato al corretto esercizio di quel potere. Nella giurisdizione amministrativa l'intervento del giudice presuppone la previa mediazione dell'atto amministrativo, in cui è presente una valutazione dell'interesse generale. Ma ciò non vale a dare fondamento all'osservazione (Cannada Bartoli) per cui non si "riesce a spiegare la giuridicità della lesione di un interesse che viene tutelato solo dopo il suo sacrificio"<sup>23</sup>. Vale l'obiezione di Scoca per cui, se l'atto sfa-

<sup>19</sup> SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. publ.*, 1931, I, 407 e ss.

<sup>20</sup> GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981.

<sup>21</sup> CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1928.

<sup>22</sup> SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990.

<sup>23</sup> CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1953, 353 ss.

vorevole e illegittimo lede l'interesse legittimo, questa è una situazione soggettiva che è violata dal provvedimento e non nasce da esso.

Con molto ritardo, la “civilistica”<sup>24</sup> ha recepito tale figura. Ci si può interrogare se sono state reperite altrettanto efficaci forme di controllo sugli atti di esercizio del “potere privato”. Una più radicale visione contrastava in linea di principio la sindacabilità stessa ad opera del giudice dei poteri privati. Si può oggi convenire che si tratta di una linea di pensiero “regressiva” anche alla luce del principio costituzionale di solidarietà sociale e dei limiti che l'art. 41 pone alla libertà di iniziativa economica. Certo, un ampio orientamento anche legislativo che trova espressione pure nel riformato diritto societario esprime la direttiva volta a convertire la cosiddetta tutela reale – e cioè di annullamento dell'atto di autonomia privata illegittimo e produttivo di danni – in azione risarcitoria, che lascia però intatta la “norma privata” illegittima e dannosa e si limita al ristoro del danno risentito da chi ha esercitato l'azione risarcitoria. La via della “contaminazione” del concetto trasportato nel diritto privato passa proprio attraverso la problematica cosiddetta dell'abuso del diritto come limite alla portata del brocardo per cui: “*qui suo iure utitur neminem laedit*”; abuso la cui rilevanza non è quindi limitata all'ipotesi descritta del divieto di atti emulativi; il cui fondamento è per lo più ravvisato con qualche incertezza ma in via alternativa o mediante la riconduzione dell'abuso allo schema del vizio causale, per la discrepanza tra la causa tipica ed intento empirico; ovvero nella violazione del canone di buona fede che permea l'intero arco del rapporto obbligatorio. Incertezza che permane anche sugli effetti, talora ritenuti limitati, in quanto violazione di obblighi di comportamento, all'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria; talora invece avvertiti come capaci di operare sul piano della validità dell'atto (come è avvenuto in due recenti ordinanze della Corte Costituzionale in tema di caparra confirmatoria di cui si tratterà in seguito).

Nell'ambito amministrativo invece il rimedio di elezione nei confronti dell'eccesso di potere è storicamente stato proprio quello della “tutela reale” cioè della invalidità con conseguente annullamento dell'atto viziato. Questo è ciò a cui è concretamente servito il “ grande geniale inganno “, secondo l'espressione di Berti, che pure è stato ravvisato nella tormentata e misteriosa figura : servire come situazione soggettiva che conferisce legittimazione processuale all'esercizio dell'azione di annullamento<sup>25</sup>.

L'uso della “categoria” da parte del Costituente non “entifica” la figura, né la confina necessariamente entro l'area del diritto pubblico. Esso è valso a semplificare il messaggio normativo scontando quello che si presentava come l'espressione di un vocabolario condiviso ed utilizzato ad un fine specifico, storicamente realizzato, e da quel momento garantito costituzionalmente: la certezza della sua tutela giurisdizionale. Ma ciò non

<sup>24</sup> È del 1967 il volume di Lina Bigliazzi-Geri dedicato alla figura dell'interesse legittimo nel diritto privato, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967.

<sup>25</sup> BERTI, *In margine al dibattito sulla giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1982, 4.

esclude che l'analisi teorica porti -come ha ben spiegato Lipari<sup>26</sup> con riferimento a consolidate categorie civilistiche – ad una messa a punto delle categorie alle quali quel lessico si è riferito. Come è stato detto – da Andrea Federico – la dicotomia “lungi dal fondarsi su una ontologica distinzione fra situazioni soggettive” ha costituito lo strumento argomentativo per giustificare la sottrazione al giudice ordinario della valutazione sull'esercizio del potere dell'amministrazione. Da un lato la nostra Costituzione, agli artt. 24-103-1013 assicura la tutela giurisdizionale all'interesse legittimo come al diritto soggettivo; ma l'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo garantisce il diritto di accesso alla giurisdizione, fuori dalla materia penale, soltanto “nelle controversie relative a diritti e ad obbligazioni di carattere civile”; e in questa formulazione diritti e interessi legittimi, pur distinti sul piano concettuale, sono fra loro equiparati. Sembra potersi concludere, condividendo il dubbio sulla perdurante utilità della distinzione ai fini del riparto fra giurisdizioni, espressa da Giovanni Verde: “l'evoluzione successiva all'entrata in vigore della Costituzione e la necessità di rendere il nostro ordinamento omogeneo a quello degli Stati dell'Unione Europea, che non hanno contezza di tale figura, hanno lentamente condotto all'esaurimento della funzione storica assunta dall'interesse legittimo che era legata alla possibilità di provocare l'annullamento dell'atto illegittimo; e non ad altro”. Resta soltanto il concetto giuridico di interesse legittimo, il “*nudum nomen*” nella sua essenza logica ; ma generalizzabile quando ne ricorra l'utilità anche fuori dal diritto pubblico in cui è sorto ed in cui pare avere assolto definitivamente la propria funzione.

#### 4. La problematica dell'abuso del diritto e le sue criticità. Correlazione tra potere e soggezione

La problematica generale sull'abuso del diritto è stata oggetto anche in Italia di amplissima trattazione che ha portato ad alcuni punti fermi<sup>27</sup>. L'istituto ha trovato certamen-

<sup>26</sup> LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013.

<sup>27</sup> La prima esplicita e approfondita apertura della dottrina italiana all'istituto dell'abuso del diritto è costituita dallo studio di RESCIGNO del 1965, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 280 e ss. Va sottolineato come l'autore riscontrando “una sostanziale identità di ragione economica con istituti di altra tradizione culturale”, da un lato inquadra il primo embrione della tutela dei legittimari avverso le *inique exhereditationes* attraverso il rimedio costituito dalla querela inofficiosi testamenti entro l'ambito dell'abuso del diritto; dall'altro constatava come, in un'area culturale ben diversa, quella mussulmana, nella categoria dell'abuso del diritto veniva inquadrato l'analogo trattamento del “testamento pregiudizievole” (FATHY, *La doctrine musulmane de l'abus des droities (Etude d'histoire juridique et de droit comparé)*, Lyon, Paris, 1913, 108 e ss.). A questa segue RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998. Si aggiungono le monografie di MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; MARTINES, *Teoria e prassi dell'abuso del diritto*, Padova, 2006; RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

Di particolare rilievo, ai fini del presente lavoro, i contributi di LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 191 e ss.; GALGANO, *Qui*

te la sua cittadinanza nel diritto vigente laddove la legge stessa, con formulazione volta a volta relativa ad una specifica disciplina di settore ( come in relazione all'esercizio della patria potestà, o all'ingiusto sfruttamento del predominio nel mercato, o all'approffittamento della debolezza dell'impresa minore, o per l'ipotesi della "minaccia" di far valere un diritto ) ha dato anche fondamento a molteplici applicazioni nella giurisprudenza, alcune delle quali soltanto-come l'esercizio frazionato del credito, o il recesso strumentale della banca dal finanziamento, o la stessa proposta di concordato preventivo per un fine soltanto dilatorio - sembrano appartenere ormai al "diritto vivente". Certamente manca, nell'ordinamento nazionale, una espressa previsione positiva ; ancorché la formulazione del divieto di abuso sia stata in un primo tempo compresa fra quelle disposizioni preliminari al codice civile che dovevano esprimere anche i principi generali del diritto; ma successivamente la proposta fu ritirata. Recentemente è stato il legislatore tributario (art. 1 del decreto legislativo 5 agosto 2015 n. 128 ) a dare ingresso formale all'espressione nella materia fiscale, aprendo la discussa problematica della cosiddetta elusione fiscale, che tuttavia, per il suo "particularisme" esulterà dalle riflessioni che seguono.

Taluni ordinamenti a noi vicini dal punto di vista culturale, come l'ordinamento tedesco e quello svizzero, hanno introdotto espressamente nel diritto positivo il divieto di abuso. Ma – come ha rilevato Pietro Rescigno – è ben significativo che la norma sull'esecuzione del rapporto obbligatorio secondo buona fede ( par. 242 del B.G.B.) ha conosciuto, nell'esperienza giurisprudenziale, "un impiego quasi smisurato"<sup>28</sup>, mentre del par. 226 del B.G.B. che contiene il divieto di abuso non si riscontra testuale applicazione. Inoltre, come è noto, l'art. 54 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 (poi recepita nel Trattato di Lisbona del 1/12/2009), sotto la rubrica "divieto dell'abuso del diritto" così si esprime: "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta". Si può rilevare che tale "divieto" non è riferito alla totalità delle situazioni giuridiche soggettive, ma vale soltanto a tutela di "alcuni diritti", quelli cioè riconosciuti dalla stessa Carta. Ma è vero anche che i "diritti e le libertà" protette dalla Carta non sono solo i diritti e le libertà tradi-

---

*suo jure abutitur neminem laedit*, in *Contratto e impresa*, 2011, 311; SACCO, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, Trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino, 2011, 373 e ss.; PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. critica di diritto privato*, 2004, 26 (ove si sottolinea il connotato antiformalistico e *lato sensu* equitativo dell'istituto); D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 50 e ss.; GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 354; BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 295; MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti fra imprese: spunta un recente sentenza della cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2009, 1577; ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147 e ss.

<sup>28</sup> Come rilevato da RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 1.

zionalmente catalogati come “diritti fondamentali”; ma comprendono anche il diritto di proprietà art. 17, la libertà di impresa art. 16, la libertà professionale e il diritto di lavorare art. 15, ossia “diritti” *lato sensu* intesi, che vengono in considerazione anche in funzione della disciplina dell'impresa collettivamente gestita. La stessa autoreferenzialità della disposizione è ben compatibile con l'espressione di un principio più generale, presupposto come tale e non soggetto a deroga, neppure se deducibile dalla lettera della Carta dei Diritti Europea.

I riconoscimenti giurisprudenziali -anche al di fuori del terreno scivoloso del diritto societario- sono numerosi e spesso danno la sensazione ai non addetti ai lavori che i giudici abbiano saputo trovare la via per dare prevalenza alla sostanza sulla forma anche con sacrificio di quest'ultima.

La vicenda, che ha dato l'avvio ad un vivacissimo dibattito in dottrina con prevalenza di voci critiche, talora anche duramente critiche – perché in tal modo, per dirla con l'espressione lapidaria ed efficace di Comanducci, “il giudice toglie ciò che la legge dà” al titolare di una situazione soggettiva che lo abilita all'esercizio di un potere (nella fattispecie quello di recesso *ad nutum* da un contratto) corrispondente alla tipologia del potere concretamente esercitato – è costituita dal noto caso Renault Italia su cui è intervenuta la decisione della Cassazione del 18 settembre 2009 n. 20106<sup>29</sup>. In quel caso al concessionario della nota casa automobilistica era stata comunicata una dichiarazione di recesso dal rapporto concessorio nel pieno rispetto dei termini contrattuali. La tesi del concessionario attore era quella che il reale intento della Renault non era quello dichiarato di dovere in tal modo ristrutturare la rete di vendita (che, come tale, rientrava nella causa del contratto di concessione), bensì quello di attuare una riduzione del proprio personale direttivo tramutando il rapporto di lavoro in concessione di vendita, ottenendo così il risultato (estraneo quest'ultimo alla causa del rapporto concessorio) della riduzione del proprio personale dipendente senza il costo del trattamento di fine rapporto, lasciando numericamente invariata la rete di vendita; con danno per i concessionari che si vedono frustrati gli investimenti che erano stati indotti ad effettuare nella consapevolezza che non esisteva un interesse aziendale alla ristrutturazione della rete. La Corte di merito non aveva ammesso le prove dedotte per dare dimostrazione di detta tesi, ritenendo comunque esclusa l'ammissibilità di un controllo causale sul recesso *ad nutum*, mentre la Corte di legittimità ha ritenuto sindacabile anche l'esercizio di un diritto (*rectius* potere) quando, in violazione del canone di buona fede e correttezza, esso esercizio risulta preordinato ad uno scopo diverso da quello dichiarato e nella specie estraneo alla causa tipica del contratto di concessione. Ciò ha inteso significare “salvezza”, da un punto di vista generale, dell'esistenza effettiva di un diritto potestativo di recesso da un contratto a tempo indeterminato; ma nello stesso tempo la sindacabilità del concreto esercizio di quel diritto potestativo, vuoi circa le modalità del suo esercizio stesso, vuoi circa la cor-

<sup>29</sup> In *Foro it.*, 2010, I, 95, con osservazioni critiche di PALMIERI e PARGOLESI.

rispondenza o non estraneità tra il concreto obiettivo per realizzare il quale il potere è esercitato e quello “tipico” per il cui conseguimento quel potere è riconosciuto.

Questo è il senso di ciò che autorevole dottrina<sup>30</sup> fin dagli anni Ottanta ha definito appropriatamente come forma di “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”. Fin da ciò emerge il parallelo con il governo della discrezionalità della pubblica amministrazione – in presenza di atti non viziati né da incompetenza, né da violazione di legge – attuato dalla giurisprudenza amministrativa per il tramite della clausola generale dell'eccesso o dello sviamento di potere.

Anche presso la giurisprudenza ordinaria, con maggiore difficoltà, il controllo sulla discrezionalità negoziale ha trovato spazio in clausole generali, principalmente quella di correttezza e buona fede, sia nella formazione (art. 1337) sia nella interpretazione (art. 1366) sia nell'esecuzione (art. 1375) del contratto e, in generale (art. 1175) di ogni rapporto obbligatorio. Ma talora concorrono altre clausole generali, volte soprattutto a valutare la congruità causale del contratto, come quella aperta dall'art. 1322 II comma sulla “meritevolezza” di tutela dell'interesse perseguito, valutato anche in relazione a singole clausole; o come *extrema ratio*, con riferimento all'equità del contratto, sia pur valutata ex art. 1374 per la sua rispondenza a valutazioni di mercato.

Dunque, come osservato da Aurelio Gentili, “piaccia o no il divieto è entrato nel sistema”.

C'è in esso una “zona oscura” che investe proprio il problema centrale: che cosa è e come si identifica ciò che distingue un comportamento che si manifesta come “uso” (di una situazione soggettiva attiva classificabile come diritto, diritto potestativo, potere, facoltà) da un “abuso”? La risposta non è semplice ma in primo luogo “è d'uopo che ben si distingua”.

Vi sono ipotesi legalmente individuabili in cui la legge attribuisce il potere, non ne determina i limiti con norme dotate di fattispecie, ma che si caratterizzano per essere norme che, pur di diritto privato, enunciano o legittimano l'esercizio di poteri “funzionali”. L'esempio più evidente ed ovvio è dato dalla attribuzione della potestà dei genitori nei confronti dei figli: si tratta di una fascia ampia di poteri che devono avere, come stella polare, unicamente la ricerca dell'interesse del minore; e che per tal guisa diventano “abusivamente” esercitati quando perseguono interessi diversi, divergenti da quello per il quale la potestà è attribuita. Ma, su un piano ben più articolato e complesso, poteri come quelli dell'autonomia dell'impresa nel mercato, o il libero esercizio del credito, trovano nell'ordinamento limiti. Ma la regola antielusiva che se ne ricava non si esprime in forma di fattispecie (di qui, ad esempio, proprio la problematica sul recesso cosiddetto abusivo dalle trattative precontrattuali, su cui torneremo); o la fattispecie pur enunciata non basta a collocare automaticamente il comportamento del titolare di un potere o di una situazione di potere “riconosciuta” dall'ordinamento, fra quelli da considerare leciti

<sup>30</sup> DI MAIO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, III, 547 e ss.; RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 721 e ss.

e quelli da considerare “abusivi”. La stessa legge sulla subfornitura ci dice che “il rifiuto di vendere o comprare” dall’impresa soggetta a “dipendenza economica” rispetto ad un’altra impresa maggiore “può” costituire abuso; ma non necessariamente lo è, ed è solo il magistero interpretativo a dover identificare gli elementi che completano la fattispecie in un senso o nell’altro come lecita o come abusiva.

Quando non solo l’abuso non è previsto, né tantomeno descritto come tale, dalla legge che attribuisce o che riconosce il potere, ma il potere stesso non si pone come potere funzionale (riconosciuto per la tutela di un interesse distinto da quello del suo titolare) e tuttavia non può essere “illimitato” a prescindere dalla “meritevolezza” dell’interesse concretamente perseguito o dalla forma del suo esercizio, allora occorre andare alla ricerca di un criterio, di una regola giuridicamente rilevante da cui ricavare fino a che punto l’esercizio di quel potere è da definire “corretto”, e quando oltrepassa il limite del suo corretto esercizio. Anche così impostata, la problematica mostra l’evidente assonanza con la fondamentale distinzione che ha caratterizzato l’esercizio del controllo giurisdizionale sull’atto amministrativo, ed ha finito per costituire il fondamento dell’attribuzione della giurisdizione all’uno o all’altro dei due plessi giurisdizionali -della giurisdizione ordinaria o della giurisdizione amministrativa -: quella fra esistenza del potere o cattivo esercizio del potere stesso.

A questo punto però, non si può prescindere dalle critiche, dense di preoccupazioni provenienti dalla dottrina.

Quelle che Pietro Rescigno ha chiamato le “angosce dottrinali”, oltre che sull’assenza nel nostro ordinamento di una norma esplicita che preveda la figura dell’abuso, delineandone i contorni e prevedendo la “sanzione”, sul piano degli effetti giuridici, paiono fondarsi principalmente su due elementi: il primo è quello per cui l’abuso di una situazione sostanziale che l’ordinamento positivo eleva a diritto, non può vedere il suo “uso” delegittimato in “abuso” attraverso la sola “argomentazione” senza che così si aprano le porte al libertinismo argomentativo. Il secondo, che in qualche misura rivela la debolezza del primo, è quello che ritiene la superfluità di tale elaborazione concettuale, a fronte di principi, clausole generali (prima di tutto quella di correttezza e buona fede) pur affermati con fatica ma ben presenti in norme di diritto positivo, sia ordinarie che costituzionali.

In sostanza ciò che si paventa è quanto espresso – con la sua consueta chiarezza – da Natalino Irti<sup>31</sup>: che cioè, se si abbandona, sia pure per casi particolari il criterio della fattispecie, i risultati ermeneutici non siano più controllabili alla stregua di canoni metodici pre-definiti, mentre “il diritto nasce proprio dalla necessità astrattiva, che riduce il caos della vita a casi applicativi di norme” (quelle appunto descrittive della fattispecie astratta cui poter “sussumere” il fatto della vita che ne presenta i caratteri).

<sup>31</sup> A partire da *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 69; Id. *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

Nello sgretolamento di monistiche strutture pur collaudate nel tempo (quell'apparato di concetti giuridici che Benedetto Croce con poco rispetto verso i maestri del diritto classifica va come "pseudo concetti" o concetti spuri) il dilemma di fondo che esprime la crisi epocale che sta attraversando oggi ogni riflessione sull'esperienza giuridica non sembra intercorrere nella riproposizione della ormai estenuante disputa fra "ermeneutici" e "analitici".

Esso si coglie, nella sua specificità storica, nell'espansione sia a livello nazionale che sovranazionale e internazionale dei precedenti giudiziari, derivati a loro volta da una pluralità di fonti delle quali essi costituiscono, quando assumono carattere di stabilità, fattore di "positivizzazione". Tali fonti sono i "principi" tratti dai testi costituzionali e dai Trattati, dalla legislazione ordinaria, dalle convenzioni internazionali, dalle prassi applicative e in larga e forse prevalente misura dai contributi dottrinali. Ciò ha significato in vario modo il delinarsi del diritto dentro un vasto ed eterogeneo complesso di fonti in termini di *iuris dictio*.

La "crisi del positivismo" o meglio della concezione di esso come metodo capace di individuare la "*regula iuris*" applicabile ad ogni caso concreto dal solo testo di legge, secondo un giudizio "analitico" in cui il predicato è contenuto nel soggetto (appunto il testo normativo, i *verba legis*), non significa affatto crisi della "positività" perché punto di partenza di ogni riflessione è costituito e continua ad essere costituito dal dato normativo. Ma la vera questione, irrisolta se affrontata nei suoi termini astratti, ma avviata al ragionevole temperamento fra i diversi punti di vista, è proprio quella, fondamentale che riguarda la stessa identificazione del diritto, del diritto nella sua effettività. Se cioè esso è identificato nella "fonte", nello *ius positum* e in esso soltanto con il corollario dell'indifferenza contenutistica (*auctoritas, non veritas facit legem*) o se la *lex* non può assurgere ad "*ius*" (per usare la terminologia riportata alla luce da Gustavo Zagrebelsky) prescindendo dal suo contenuto secondo la formula denominata "positivismo inclusivo". Esso non può però risolvere l'antinomia senza contraddizioni se non convergendo nel "costituzionalismo", quale sede di positivizzazione dei principi: un "forziere di valori", (secondo l'efficace espressione di Paolo Grossi), che fornisce i criteri di riconoscimento del "diritto valido". Il rilievo fondamentale dei contributi dottrinali valorizza il necessario apporto teorico-concettuale, ma la subordinazione a principi valoriali che non devono essere sacrificati nella soluzione degli specifici conflitti, evita al giurista pratico il rischio di rimanere coinvolto, disarmato, nelle "crepe" del concettualismo, nella camicia di Nessò di una dommatica definita "a priori", e indifferente alla stessa ragionevolezza pratica degli esiti a cui conduce.

Lo stesso "pontefice massimo" del normativismo, il Kelsen della "*reinerechtslehre*" riconosce che "la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto uno schema entro cui si trovano molteplici possibilità di esecuzione"; e aggiunge che "chiedersi quale tra le possibilità date nello schema sia la giusta non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico". Kelsen si ferma a quel punto perché consapevole di essere giunto al limite invalicabile per una "scienza": per una dottrina "pura" e vuole significare proprio che, a quel punto, si ferma la "ragion pura" e inizia la "ragion pratica"; e che quest'ultima non è la messa in pratica della "ragion pura", è altra cosa, che si radica



anch'essa tuttavia nella "ragione". La sostituzione o forse soltanto l'integrazione che possa esservi dell'argomentazione alla dommatica può essere anche valutata come "pensiero debole"; ma resta il metodo più adeguato a conformare la "volontà" dell'ordinamento – e non certo quella del decidente – alla specificità di ciascuno degli infiniti casi della vita che la realtà quotidiana produce. La bimillenaria sapienza di Aristotele ci avvertiva che non si può chiedere al matematico un discorso "persuasivo", così come non si può chiedere a un retore o a un giureconsulto un discorso dimostrativo (e non – aggiungiamo noi – semplicemente "argomentativo"). A fronte di verità controverse ma che non trovano soluzione né sul piano della sperimentazione naturalistica, né su quello della meccanica estrazione da un sistema coerente di assiomi.

## **5. Relazione fra l'atto di autonomia privata ed il suo contenuto; giudizio di buona fede e sua possibile incidenza sulla validità dell'atto alla stregua delle ordinanze della Corte Costituzionale sulla caparra confirmatoria; giudizio di compatibilità fra la norma privata e l'ordinamento generale**

Il tema del cosiddetto abuso del diritto nel diritto privato è apparso (a Lipari) come il tipico "paradigma del processo di giurisdizionalizzazione del diritto" con tutti i legittimi interrogativi che ne derivano, ma anche come stimolo alla riflessione dottrinale, nel passaggio da un diritto individuabile "a priori", entro un sistema di enunciati "posti", ad un diritto valutabile, nella sua estensione, all'esito della sua applicazione ad una vicenda effettivamente vissuta. Si precisa così che la tecnica dell'abuso del diritto, se correttamente intesa, non comporta affermazione di un diritto e sua contestuale negazione nel concreto esercizio, né incorre nella contraddizione di convertire la regola che permette in regola che vieta, ma si rivela come "lo strumento definitorio della cornice formale attributiva di un diritto"<sup>32</sup>. L'abuso di un diritto presuppone l'esistenza di quel diritto, o meglio l'esistenza del potere che a quel diritto è connesso, ma non l'illimitatezza di esso. Un esempio ormai consegnato a ricordo storiografico è quello relativo alla questione del cosiddetto abuso della direzione unitaria nei gruppi di società.

Come è noto l'evoluzione del difficile equilibrio fra unità e autonomia ha segnato la storia dottrinale e legislativa del fenomeno dei gruppi, fino all'odierno approdo comunque raggiunto con la riforma societaria<sup>33</sup>. Si deve convenire con Tombari che la "grundnorm" dettata dal legislatore societario, l'attuale art. 2497, sembra esaurirsi solo

<sup>32</sup> LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2017, n. 1, 1 e ss.

<sup>33</sup> Fondamentali contributi di TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, MI 2010; e di SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007.

nello *Schutz recht*, ma la disciplina relativa alla responsabilità -che pure costituisce un puzzle difficile da comporre- sottende un quadro sistematico ben decifrabile in cui si riconoscono le linee dell'*organization recht* da cui dedurre le regole inderogabili nell'osservanza delle quali può oggi realizzarsi una forma di gestione unitaria dell'attività economica di soggetti giuridici fra loro diversi.

Fino a che il principio prevalente continuava ad essere quello dell'autonomia fra distinti soggetti giuridici fra i quali si frazionava l'unità molecolare dell'impresa di gruppo, i problemi di disciplina giuridica vengono impostati attorno al regime del conflitto di interessi, riconosciuto però "disfunzionale fino alla paralisi" rispetto alla possibilità stessa che sia esercitata una direzione unitaria. Fondamentale importanza ebbe l'emanazione della prima legge sull'amministrazione straordinaria (l.n. 26 del 1979) il cui art. 3 prevedeva che in ipotesi di società collegate "ove si verifichi l'ipotesi di una direzione unitaria, gli amministratori della società che hanno esercitato tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società in amministrazione straordinaria dei danni da questi cagionati alla società stessa". La "querelle" dottrinale che ne derivò costituì una sorta di cartina al tornasole circa il modo con cui si intendeva comporre - alla luce del dato normativo allora esistente - la dialettica fra unità e autonomia. Il prevalere delle ragioni dell'autonomia portava una parte della dottrina a qualificare quella responsabilità come extracontrattuale, effetto di illecita ingerenza diretta ad indurre all'inadempimento gli amministratori della società controllata. Il prevalere invece delle ragioni dell'unità conduceva a ritenere almeno implicitamente compreso nella configurazione tipica dei poteri della capogruppo l'esercizio della direzione unitaria; attribuiva così alla capogruppo una posizione soggettiva attiva - in realtà più vicina all'*officium o al munus* che al diritto potestativo - una volta che il titolare della posizione di controllo abbia iniziato ad esercitare le facoltà inerenti a tale posizione. Ciò determina l'insorgere di una relazione giuridica con le società del gruppo e in caso di esercizio dei poteri inerenti a tale relazione difforme dalle regole che la governano, l'insorgere di una responsabilità che non è certamente *ex contractu*, ma deriva da violazione di obbligazioni specifiche che nel sistema delineato dall'art. 1218 è da qualificare come "contrattuale".

Taluni indici normativi succedutisi nel tempo hanno via via avallato quest'opinione dandole più solido fondamento normativo. Il passo più eloquente, sul piano testuale verso le ragioni dell'Unità è dato dalla previsione all'art. 90 dell'attuale legge sull'amministrazione straordinaria che "nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori della società dichiarata insolvente che hanno abusato della direzione, rispondono ... dei danni dalla stessa cagionati in conseguenza del delle direttive impartite". Si parla dunque proprio di "abuso" della direzione unitaria; e si può abusare solo di una situazione soggettiva attiva - quella che legittima l'esercizio della direzione unitaria - di cui si può fare legittimamente "uso": ossia di una situazione di cui si è titolari - per effetto del controllo, nelle sue varie accezioni - e che si estrinseca appunto in poteri o facoltà. Se non c'è questa situazione soggettiva non c'è abuso; c'è illecita ingerenza, ossia un comportamento illecito. C'è inesistenza, non cattivo esercizio del potere.

È vero dunque (come osservava Cattaneo nel 1971) che l'esercizio abusivo di un diritto, di un potere, di una facoltà è tale in quanto si colloca al di fuori della "sfera che

delimita quel diritto”<sup>34</sup>; ma certo è anche che solo chi è titolare di una situazione soggettiva attiva può abusarne. La tecnica cosiddetta dell'abuso del diritto va così a modificare la tradizionale impostazione sul rapporto fra la configurazione astratta di un diritto (ad esempio la libertà contrattuale, ed è questo il caso più critico) ed il suo concreto esercizio: il passaggio stretto è come possa esservi un diritto derivante da un testo normativo o se vogliamo dalla sua interpretazione più plausibile all'interno del sistema in cui esso è posto, e che tuttavia il suo esercizio nel caso concreto vada a contrastare un'altra regola o un principio ricavato dalla Costituzione.

È nel costituzionalismo l'idea che vi possa essere un diritto di fonte legislativa “illegittimo”; o comunque suscettibile di un uso illegittimo; e questo comporta che se il significato che va a definire la cornice di quel diritto in modo conforme al dettato costituzionale è fra quelli raggiungibili per via interpretativa del testo, la “regola” potrà essere intesa in modo da renderla compatibile con il “principio” posto dal testo normativo collocato al livello superiore.

La casistica giurisprudenziale ha visto utilizzare proprio la clausola generale di buona fede integrata con il principio costituzionale di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione; e questo ha portato in note vicende che hanno visto come protagonista la stessa Corte costituzionale, farsi strada l'idea che al contratto appartenga il rispetto di un “equilibrio” fra le prestazioni anche a scapito dell'inderogabilità della regola per cui “*pacta sunt servanda*”.

Ci si riferisce, naturalmente alle discusse ordinanze numero 248 del 2013 e 78 del 2014 del Giudice delle leggi. Com'è il noto il codice civile, all'art. 1384 attribuisce al giudice il potere di ridurre l'importo della clausola penale quando essa è manifestamente eccessiva; ma non gli attribuisce il medesimo potere nell'ipotesi che manifestamente eccessiva sia la caparra confirmatoria (art. 1385) dando così alla parte non inadempiente il diritto a trattenere la caparra (o a pretenderne il doppio) verso la parte inadempiente anche quando il suo importo sia del tutto sproporzionato rispetto al valore dell'inadempimento. La Corte costituzionale, se avesse ritenuto fondata la questione, avrebbe ben potuto accoglierla ritenendo ingiustificata la disparità di trattamento rispetto alla disciplina della clausola penale; o, al più, emettere una sentenza interpretativa di rigetto, ipotizzando l'applicazione analogica dell'art. 1384 alla fattispecie descritta dall'art. 1385, dicendo così esteso alla caparra confirmatoria il potere del giudice di ridurre l'ammontare manifestamente eccessivo di essa. La Corte, invece, ha pronunciato ordinanza con cui ha dichiarato “inammissibile” la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2 sollevata, perché il giudice remittente -al quale la causa è così stata restituita- non ha fatto il debito uso dei poteri di intervento a lui riconosciuti in ordine al rilievo del vizio che affetta una clausola contrattuale che regola i contrapposti interessi in modo così gravemente sbilanciato a danno di una delle parti. Egli, come ha ribadito lo stesso Presidente

<sup>34</sup> Come osservava CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1971, 613 e ss.

della Corte in un successivo contributo dottrinale, avrebbe dovuto rilevare d'ufficio la nullità della clausola ex art. 1418 I comma “per contrasto con il precetto dell'art. 2 della Costituzione (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*”<sup>35</sup>.

L'autorevolezza, anche di carattere scientifico, dell'Istituzione che ha emesso tale pronunzia, ha visto accanto a commenti anche duramente critici, altri volti a darne una più approfondita giustificazione. Tra questi merita una specifica menzione in questa sede – anche per cercare di comprendere la relazione che va a porsi fra abuso del diritto e la clausola generale di correttezza e buona fede – il contributo di Enrico Scoditti<sup>36</sup>. Con l'avvertenza che, nell'economia del presente studio, si tratterà di una riflessione necessariamente concisa e in qualche misura, semplificatoria rispetto allo spessore dei temi che ne vengono implicati.

In verità le ragioni del dissenso dottrinale all'ordinanza della Corte si sono espresse su vari piani. Il primo riguarda l'attribuzione al giudice a quo (che dovrebbe limitarsi a rilevare la questione e a valutarla come non manifestamente infondata per rimetterne la decisione alla Corte costituzionale) del compito di accertare direttamente l'illegittimità di una norma di legge (quella che non prevede correttivi *ope iudicis* alla manifesta eccessività della caparra confirmatoria); ed è questo tema che esula dalla presente trattazione. Più pertinente è l'argomento di critica all'uso, ritenuto troppo frequente e generalizzato fino a diventare esso sì quasi “abusivo”, del principio di solidarietà, ben più indefinito di quello estraibile dalla clausola generale di correttezza e buona fede che permea per intero il rapporto obbligatorio, specie se applicato direttamente a rapporti fra soggetti, il creditore e il debitore, portatori di interessi fra loro confliggenti.

Ma la critica più puntuale con riferimento alla problematica oggetto del presente contributo è quella che rammenta come la clausola di buona fede pone ai soggetti che partecipano ad un rapporto obbligatorio un “obbligo di comportamento” alla cui violazione conseguirà la sanzione del risarcimento del danno causato. L'osservanza della buona fede in altre parole non è concepita, come tale quale “regola di validità” degli atti; regola che soggiace non a clausole generali ma all'inquadramento entro norme dotate di fattispecie<sup>37</sup>.

Nella situazione processuale che ha fornito materia alla pronuncia della Corte costituzionale, non risulta sia stato neanche oggetto di valutazione da parte del giudice di merito il “comportamento” concretamente attuato dalla parte alla quale tuttavia andrebbe attribuita la violazione della “regola di comportamento”. L'esame cade unicamente sul

<sup>35</sup> Su cui v. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contratti*, 2014, 927 e ss.

<sup>36</sup> SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, 2036 e ss.

<sup>37</sup> Su cui v. D'AMICO, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017.

“contenuto” negoziale (nella specie di una sua specifica clausola) e sul suo oggettivo effetto squilibrante all'interno del rapporto obbligatorio. Si può certamente supporre che quel contenuto sia stato – e non possa che essere stato – la conseguenza oggettivata di un comportamento negoziale non improntato a buona fede ad opera della parte che di quel contenuto si avvantaggia. Ma solo il contenuto rileva. E la formula che fa perno sulla “contrarietà a buona fede” è espressione riassuntiva che assume la causa per l'effetto e si sostanzia in una figura retorica forse assimilabile alla sineddoche. Ma “tanta est vis” della clausola generale di correttezza e buona fede.

Diverso, ma davvero decisivo, è però il ruolo della buona fede nella formazione del contratto come delineato agli artt. 1337-1338 del codice civile, dai quali si rileva che la violazione dell'osservanza della regola di buona fede nella fase precontrattuale può davvero incidere sul regime testuale di validità del contratto: ma ciò avviene entro un tessuto normativo fondato sulla tecnica della fattispecie. Il destinatario di una dichiarazione negoziale affetta da un vizio della volontà (supponiamo un errore, essenziale secondo i criteri fissati dall'art. 1429 e “riconoscibile” ai sensi degli artt. 1428 e 1431) in forza della regola di buona fede oggettiva e del dovere anche di diligenza che la sua osservanza comporta ha l'obbligo di rilevare l'errore (più propriamente ne avrebbe l'onere, trattandosi di una situazione soggettiva passiva volta a realizzare un interesse, prima di tutto proprio, quale quello di non dar vita ad un contratto annullabile, ma in cui il potere di provocarne l'annullamento si concentra nella controparte). Il requisito della riconoscibilità dell'errore è stato previsto come temperamento del principio dell'affidamento, introdotto dal vigente codice civile in sostituzione di quello cosiddetto della “volontà” previsto nella vigenza del precedente codice. A sua volta, a temperamento dell'assolutezza di quest'ultimo, la dottrina, a partire da Coviello (Senior) seguita dalla giurisprudenza aveva introdotto il criterio della “scusabilità” per evitare il “corto circuito” di un contratto annullato su istanza dell'errante, chiamato poi a risarcire il danno conseguente all'inescusabilità del proprio errore. Per quanto qui interessa, dunque, la violazione della buona fede oggettiva insita nel non aver rilevato l'errore riconoscibile (o, peggio, di non averlo comunicato all'altra parte, ove rilevato) comporta il venire in essere di un contratto invalido o, come si suol dire “claudicante”, trattandosi di vizio che può essere fatto valere solo dalla controparte, la quale, se il vizio non è imputabile anche a sua colpa (ed è dunque “scusabile” l'errore) potrà essere risarcita del cosiddetto danno negativo.

La violazione della regola di comportamento in tali casi si innesta così in fattispecie più complessa, testualmente disciplinata, e che opera sul piano della “validità” dell'atto di autonomia.

Ben diverso è il caso sopra descritto e tutti quelli - compreso quello che nella casistica giurisprudenziale ha comportato la dichiarazione di nullità della delibera di società per azioni per le quali è stato ritenuto ricorrere la figura dell'abuso di maggioranza - in cui la violazione della buona fede entro un rapporto obbligatorio è stata dedotta non da un “comportamento” disdicevole (non può essere il “voto” come tale a possedere tale carattere) ma dal contenuto di un atto, atto che però partecipa in modo decisivo alla creazione di una “norma privata”.

E qui sovengono le riflessioni di Scoditti a chiarimento o alla ricerca di giustificazioni delle discusse ordinanze dalle quali si sono prese le mosse.

L'ambivalenza del "negozio giuridico", rileva Scoditti partendo dal noto studio di De Giovanni<sup>38</sup> ("Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico", oggetto di recente ristampa), sta nell'essere ad un tempo fatto e norma. L'effetto negoziale sta nella sua vincolatività, come descritta nell'enfatica formula dell'art. 1372; e, nei sistemi di civil Law, la vincolatività è effetto collegato al fatto storico descritto all'art. 1321; fatto storico che è il solo sottoposto al vaglio di validità. Le concrete statuizioni però l'auto regolamento contenuto nel negozio resterebbero a tale stregua estranei alla fattispecie; esse appartengono al "rapporto", rapporto che si emancipa dalla fattispecie. La recente normativa di derivazione euro unitaria (in materia di clausole abusive, sub-fornitura, abuso di dipendenza economica e altre in specifici settori) ha proprio l'effetto di creare un collegamento tra "comportamento pre-contrattuale" e contenuto iniquo. In tal modo, con il regime di "nullità speciali", quel rapporto che si era emancipato dalla fattispecie da cui trae origine ritorna entro la fattispecie; e per questo, in specifiche ipotesi la regola di comportamento si eleva a regola di validità. Ma nell'ordine codicistico, ad avviso di Scoditti, la "regola negoziale", la "norma privata" di autoregolazione di interessi eccede lo schema della fattispecie, il solo sottoposto al vaglio di legalità. Tuttavia, superato questo vaglio – la griglia della fattispecie legale – il negozio è norma, sia pure "norma privata". lo stesso Kelsen qualifica il negozio come fonte di norma giuridica; norma posta al gradino più basso della struttura gerarchica delle fonti. In effetti, l'autonomia privata è fonte del regolamento negoziale, riconosciuta come tale dall'ordinamento<sup>39</sup>.

L'inserimento della norma privata nell'ordinamento sconta lo scotto dell'integrazione con l'ordinamento stesso in cui si va ad inserire e esige compatibilità con esso; e dunque con i principi anche valoriali che lo connotano. A questo punto si situa la spiegazione della nullità della clausola perché l'aggancio costituzionale della clausola di buona fede eleva la stessa a "principio", a precetto contenutistico: e ciò segnerebbe il passaggio di una regola di comportamento a regola di validità. Per questo l'apparente conformità del contenuto negoziale alla fattispecie legale viene superata dall'interpretazione cosiddetta "conforme" o costituzionalmente orientata. Ma, in verità, secondo Scoditti, restando ferma la separazione fra fattispecie negoziale (assoggettata al vaglio di legittimità) e "rapporto" (retto dalla "norma privata" che dà vita all'autoregolamento negoziale) il problema della coerenza della "norma privata" con l'ordinamento vigente è problema che va risolto diversamente: non in termini di validità, ma di disapplicazione, come avviene nel rapporto tra norme nazionali e norme euro unitarie entro il sistema che regola i rapporti fra le stesse alla luce della primazia delle seconde.

<sup>38</sup> DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, oggetto di recente ristampa; v. anche, più in generale, SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1955, 331 e ss.

<sup>39</sup> Fonte sociale secondo BETTI, *Autonomia privata*, in *Novis dig. it.*, To 1958, 1559 e ss.

La costruzione dottrinale così succintamente riportata contiene indicazioni importanti e utili; in primo luogo quella che individua il rapporto tra l'autoregolamentazione dei privati interessi contenuta nell'atto di autonomia e l'ordinamento generale, in una relazione fra ordinamenti: quello "particolare" costituito dalla "norma privata" e quello generale, il solo avente carattere "paradigmatico" (nel significato chiarito da Massimo Severo Giannini); e che, per conseguenza, postula la necessaria coerenza fra l'ordinamento particolare e quello generale e paradigmatico.

Se questa coerenza venisse a mancare – anche per contrasto con i principi espressi dalla Costituzione – perché mai l'incoerenza non dovrebbe entrare nella "griglia" della fattispecie se è la fattispecie stessa, quella descritta all'art. 1321, ad aver creato la "regola" che di quella coerenza difetta? Ed è questo vaglio un vaglio di "validità". Fallace si rileva non tanto il richiamo al criterio di raffronto tra norma nazionale e ordinamento eurounitario (dotato necessariamente di primauté – salvo il ricorso a eventuali controlimiti –) ancorché difficilmente ascrivibile a "ordinamento generale" rispetto a quello degli Stati nazionali quanto laddove intende la "disapplicazione" come meccanismo pratico che non mette in discussione la "validità" della norma da disapplicare solo per la sua incoerenza con l'ordinamento preminente: quello eurounitario. Se così fosse emergerebbe un trattamento differenziato fra norma interna in violazione di precetti derivanti dall'ordinamento comunitario e norma interna che viola precetti della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, destinata quest'ultima ad essere espunta dall'ordinamento per incostituzionalità ex art. 117 della Costituzione. In realtà, se la norma privata posta in essere dalla fattispecie contrattuale esprime un precetto incompatibile con l'ordinamento vigente nel territorio entro il quale essa dovrebbe trovare esecuzione, essa è affetta da invalidità secondo le regole di quello ordinamento. La tecnica della disapplicazione opera invece per consentire ad una "giurisdizione" o ad un plesso giurisdizionale cui è negata la potestà di dichiarare l'invalidità ed annullare un atto normativo o amministrativo, di poter accertarne l'invalidità "*incidenter tantum*" disapplicando l'atto ma con effetto limitato al caso particolare. Dunque non è vero che la disapplicazione, nelle forme in cui un'autorità dotata di giurisdizione ne può fare uso, presupponga la validità dell'atto che va a disapplicare; al contrario. Tale tecnica presuppone soltanto che il soggetto abilitato a disapplicare un atto normativo o amministrativo ne ritenga l'invalidità, ma non abbia il potere di dichiararla con efficacia *erga omnes* né di annullare l'atto: potere che non ha il giudice comune nel caso di contrasto della norma interna con il diritto comunitario; non ha il giudice ordinario, fuori dalle ipotesi in cui la legge ordinaria ha fatto applicazione del III comma dell'art. 113 della Costituzione, nei confronti dell'atto amministrativo o regolamentare che valuta illegittimo; che infine non ha l'arbitro privato rispetto alla decisione di questioni pregiudiziali non arbitrabili ex art. 819 del codice di rito.

Quindi, nella vicenda da cui siamo partiti, la Corte Costituzionale ha operato un confronto tra la "funzione economico-sociale" della caparra confirmatoria – la sua causa tipica – e il suo utilizzo nell'atto di autonomia negoziale; ha ritenuto quest'ultimo del tutto sproporzionato rispetto alla funzione tipica ed eccedente la ragione pratica insita nella previsione normativa, con grave pregiudizio per gli interessi di una delle parti. In tal modo, la violazione della buona fede emerge soltanto dal contenuto dell'atto e rileva

semmai come elemento sintomatico dell'eccesso di potere o se vogliamo di "abuso del diritto". Il contenuto dell'atto e la sua eccedenza rispetto alla funzione con pregiudizio per una delle parti potrebbero integrare di per sé l'abuso del diritto; ovvero invece essa eccedenza sotto il profilo causale vale a rendere come atipico -in parte qua- l'atto negoziale e dunque lo assoggetta al controllo di meritevolezza previsto dall'art. 1322 del codice civile.

## 6. Convivenza di contrattualismo e di istituzionalismo nel "nuovo diritto societario"; convivenza di norme di relazione e di norme di azione

La rivalutazione – che qui si propone – dell'eccesso di potere (figura presa a prestito dal diritto amministrativo) non vuole certo riproporre un antistorico ritorno alle origini segnate da un autorevole indirizzo dottrinale (variamente accolto dalla giurisprudenza d'antan, che resta indissolubilmente legato alla concezione istituzionale della società di capitali) ma per correggere o diversamente motivare l'opinione secondo cui il richiamo alla regola di buona fede oggettiva legata alla "dimensione individuale" del rapporto contrattuale retto unicamente dalle norme di relazione, non è automaticamente trasferibile a rapporti che sono invece inseriti in una dimensione più complessa retta anche da regole di azione.

Ed effettivamente la teorica dell'eccesso di potere (non identificabile e non solo sul piano terminologico del tutto con quella dell'abuso del diritto quale si è sopra delineata) ha trovato iniziale formulazione entro la materia societaria all'interno della prospettiva istituzionalista. Fu Francesco Carnelutti nel 1926, parzialmente seguito dallo stesso Ascarelli e da Ferri – pur riconoscendo che il potere della maggioranza è attribuito nell'interesse comune dei soci – a valutare che i soci, nella società anonima, operano "*uti universi*", manifestando ciascuno il suo voto come "organo" della società ed agendo in tal modo anche nell'interesse altrui. In verità può essere indifferente che l'interesse della società sia concepito come interesse "superiore" a quello dei soci, ovvero si risolva nell'interesse comune, magari individuato, come ritiene la prevalente dottrina italiana, nell'interesse oggettivo dell'impresa collettivamente gestita<sup>40</sup>. La caratterizzazione in senso istituzionalistico della formulazione delle origini della teorica dell'eccesso di potere applicata alla società di capitali stava proprio nel ritenere che il "potere" dell'assemblea, e così del socio in quanto ne fa parte, deve essere esercitato "per la tutela che l'ordine giuridico deve proteggere": e da qui il pieno parallelismo con il diritto pubblico.

Ma già a fronte della citata sentenza n. 11.151 del 1995 della Cassazione e alla diretta applicazione – che ne ha fatto – di regole dettate nel terreno della disciplina generale del contratto, si era sottolineato (da Corsi) la difficoltà di tracciare una linea di demarcazio-

<sup>40</sup> CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, cit.



ne tra ciò che attiene al rapporto tra i soci ed è quindi riconducibile al consenso iniziale (almeno in caso di genesi contrattuale della società) e ciò che attiene al “governo dell’impresa” per la cui dinamica è stato dettato il principio maggioritario. Si aggiunge, correttamente, che “contratto e persona” segnano il crocevia della costellazione di interessi attorno alla quale ruotano i “valori” che hanno segnato la storia del nostro sistema capitalistico. Il primo, destinato a segnare il luogo di composizione degli interessi “interni”; la seconda è invece il raccordo con gli interessi esterni. Si aggiunge, con riferimento alla fattispecie di “abuso”, che bisogna chiedersi se è giusto imporre a terzi ipoteticamente interessati al mantenimento della delibera, il sacrificio derivante dal suo annullamento pur in assenza di pregiudizio della società-persona in nome di un interesse che attiene soltanto al ripristino dell’equilibrio interno dei soci. A sua volta, Fois (nel testo pubblicato nella giurisprudenza commerciale del 2001) esprimeva l’opinione – sostanzialmente conforme a quella di Natalino Irti – che “le clausole generali sono la spia della carenza del sistema normativo e degli astratti strumenti concettuali di comprensione della sua costruzione<sup>41</sup>. Ivi si rilevava che “la deliberazione assembleare, strumento di azione del gruppo, si pone, ad un tempo, come interprete del piano individuale e di quello collettivo del quale è espressione l’interesse sociale”. Si aggiunge che “il richiamo alla disciplina negoziale per dare risposta a problemi interni segnerebbe la contraddizione insita nel far convivere l’area collettiva interpretata da uno strumento individuale e nell’attribuire alla prima I predicati che sono del secondo”.

In effetti, sui limiti di un’impostazione esclusivamente fondata sulla disciplina civilistica del contratto, possono valere anche considerazioni più specifiche sottese alla riforma del 2003.

Con l’avvertenza comunque che non varrebbe a tenere fuori dalle regole che disciplinano le vicende societarie la clausola di correttezza e buona fede, le pur corrette affermazioni di Gambino (già sopra riferite) laddove si sottolinea che nell’ordinamento delle società capitalistiche, a differenza che nelle società di persone in cui salvo deroga pattizia vige il principio dell’immutabilità del contratto senza il consenso di tutti i soci, le vicende dell’ordinamento sociale non possono essere giustificate con il ricorso a principi che reggono l’attività esecutiva del contratto di durata e in particolare dell’art. 1375 non rappresentando il contratto una definitiva composizione dei conflitti intersoggettivi di interesse. Sono ancora attuali in proposito le parole di Alberto Asquini<sup>42</sup> secondo cui l’art. 1175 è posto “al centro del sistema del diritto obbligatorio, ma logicamente il principio si estende anche ai rapporti di partecipazione tra socio e società, dove il metro non può essere che l’equo temperamento tra l’interesse del socio e quello della società”. L’integrazione del rapporto obbligatorio con le regole alle quali l’art. 1175 assoggetta tanto la parte titolare di una situazione “attiva” quanto quella soggetta ad una situazione “passiva” entro il rapporto obbligatorio, trova applicazione al di là di una disciplina originata

<sup>41</sup> FOIS, in *Giur. comm.*, 2001, cit.

<sup>42</sup> ASQUINI, *I battelli sul Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 628.

da un vincolo negoziale, per estendersi anche a quei doveri che discendono dal venire in essere, fra soggetti determinati, di una “relazione specifica” (ad esempio le trattative pre-contrattuali nella descrizione di cui all’art. 1337) riconosciuta dalla legge come “fatto” idoneo a produrre obbligazioni (le “*variae causarum figurae*” di cui alle Institutiones di Gaio nella seconda edizione). Si assiste in tal modo non già ad una specificazione del generale dovere del *neminem laedere* ma ad una posizione di doveri “relativi” con conseguente riconduzione della loro violazione entro i paradigmi della responsabilità contrattuale.

In verità, le prime, inevitabilmente generalizzanti, valutazioni sulla riforma attuata con il decreto legislativo n. 6 del 2003 hanno trovato il compendio più eloquente nell’icastica osservazione di Floriano D’Alessandro secondo cui il “nuovo” diritto societario “marcia e vuol marciare sotto la bandiera dell’autonomia privata”<sup>43</sup>. In effetti, importanti novità normative si iscrivono proprio nel quadro di una maggiore flessibilità dei “tipi” societari e di ampliamento dell’autonomia statutaria e dunque di tendenziale apertura all’applicazione di criteri che trovano il terreno più fertile nella disciplina del contratto, fra cui, naturalmente la clausola di correttezza e buona fede. L’estensione dell’autonomia, che è amplissima nella configurazione della nuova società a responsabilità limitata (quasi una società di persone che si giova della limitazione di responsabilità) trova spazio anche nella disciplina della stessa società per azioni per quello che è il modello configurato per la società “chiusa” che vede cioè congiunte proprietà e gestione delle imprese. Il “legame” – pur nella specificità di regole e i principi suoi propri – del diritto societario con l’ambiente del contratto non è venuto meno neanche se la società (in origine la sola società a responsabilità limitata) può essere costituita anche con atto unilaterale, avendo ciò comportato peraltro la modifica della rubrica dell’art. 2247 da “nozione” di società a “contratto” di società. È vero tuttavia anche che alcune novità di disciplina, riferibili soprattutto, ma non esclusivamente, al “tipo” società per azioni, per la loro coloritura pubblicistica sembrano denotare non solo il perdurare ma l’accentuarsi di propensioni di tipo istituzionalistico. Si pensi alla forte compressione dei diritti delle minoranze a far valere l’invalidità per vizi, anche gravissimi (con la sola eccezione dell’illiceità o impossibilità dell’oggetto sociale) sul piano della legittimazione, dei termini e della preferenza accordata alla tutela obbligatoria su quella “reale”.

È stata l’esigenza di certezza e stabilità dei rapporti, sia interni che verso i terzi, a far premio sulla tutela dei diritti connessi alla situazione soggettiva del socio in quanto parte di un negozio e comunque di un rapporto associativo. Nello stesso senso gioca la consolidazione e l’accentuazione del principio di conservazione dei patrimoni separati. La nuova disciplina della trasformazione consente la “trasformazione eterogenea”: quella cioè che comporta non solo il cambiamento del modello organizzativo originariamente prescelto ma anche quello della “*causa negotii*”, come quando una società di capitali – dunque a finalità lucrativa – si trasformi in altro ente (e non solo associativo) privo di

<sup>43</sup> D’ALESSANDRO, “La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata”. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, I, 34.

fine di lucro (e viceversa). Il superamento della “barriera causale” (ex art. 2500 septies III comma e octies II comma) può avvenire con delibera a maggioranza e dunque senza una rinnovata manifestazione di autonomia negoziale. Se si assume (con Angelici e Libonati) che la ratio di tale innovativa disciplina va individuata nella volontà di perseguire massimamente la “continuità dell’impresa”<sup>44</sup> – anche per raggiungere obiettivi diversi da quelli originari – pur senza evocare suggestioni istituzionalistiche totalizzanti, si evidenzia la prioritaria considerazione che “battelli” sui fiumi, sui mari, nei nostri specchi d’acqua continuo a navigare! Tanto che lo stesso D’Alessandro (in un seminario tenuto all’inizio del 2003 alla facoltà di giurisprudenza di Roma Tre) ha potuto notare che dopo la riforma il “contratto di società” si palesa di difficile riconduzione alla definizione fornita dall’art. 2247 del codice civile. La verità è che il legislatore della riforma, come d’altronde deve fare ogni buon legislatore, non è stato assillato dalla preoccupazione di assicurare la coerenza sistematica di ciascun aspetto della disciplina con l’una o con l’altra delle impostazioni teoriche (quella contrattualista o quella istituzionalistica o, con terminologia che riflette, in ambiente anglosassone, analoga contrapposizione, quella dei contractarians o quella dei comunitarians) che storicamente hanno diviso prima la scienza economica che quella giuridica. Ma suo esclusivo intento doveva essere, ed è stato quello di fornire, sul piano normativo, la disciplina ritenuta come la più confacente alla migliore composizione degli interessi in gioco e, in questo quadro la più consona all’obiettivo della maggiore competitività degli operatori economici nazionali nel mercato globale.

È chiaro allora che, accanto al normale sostrato negoziale o contrattuale, nella società assumono egualmente rilievo altri aspetti: soprattutto quello della “organizzazione” attuata attraverso un complesso di norme nella correlazione tra regole dettate direttamente dalla legge e norme convenzionali di origine statutaria che, nel loro insieme connotano un “ordinamento”: ovviamente un “ordinamento particolare” le cui regole riguardano principalmente ma non esclusivamente i soci o coloro che ad altro titolo vi partecipano.

Questo dà qualche fondamento all’opinione di chi ravvisa l’improprietà insita nel mescolare norme di azione e norme di relazione dando esclusivo rilievo solo alle seconde; come potrebbe avvenire se si assume come *regula iuris* quella della buona fede, ancorandone peraltro il fondamento esclusivamente all’origine contrattuale o quantomeno negoziale del vincolo. Ma ciò non significa che vicende relative allo svolgimento del rapporto societario non possano trovare il criterio di regolazione quantomeno nei principi che reggono il contratto.

<sup>44</sup> ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da ABBADESSA e PORTALE, 1, Torino, 2006, 14 e ss.; LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005.

## 7. Verso possibili osmosi tra “categorie” del diritto pubblico e del diritto privato

Un recente volume di un valente studioso del diritto amministrativo (Paolo Cirillo) intitolato significativamente “Sistema istituzionale di diritto comune” è inteso ad analizzare un fenomeno sempre più evidente<sup>45</sup>. Quello che Guido Alpa ha scelto di descrivere “in termini tellurici” come “uno smottamento dell’area del diritto privato sul diritto pubblico, che provoca un arretramento del diritto pubblico rispetto al diritto privato”<sup>46</sup>; e al tempo stesso una controeazione del diritto pubblico che con diverse forme invade e si appropria di alcune delle aree tradizionalmente assegnate al diritto privato”; fenomeno che Cirillo Individua come “il nuovo diritto comune”<sup>47</sup>. Esso non è il solo diritto civile “ma è il diritto dei rapporti complessi” ossia, nell’area di riferimento, il diritto amministrativo così come è stato riscritto dall’ordinamento laddove impone l’uso dei principi degli istituti del diritto civile. Nell’area del diritto privato, il diritto commerciale (che Asquini individuava come “l’ala marciante del diritto privato”) nella materia del diritto societario vede e ha visto accentuarsi con la riforma la convivenza del momento corporativo e organizzativo nell’atto del perseguimento dell’interesse sociale con il momento aperto agli spazi di autonomia negoziale destinato alla dinamica dei rapporti fra i soci e più in generale tra coloro che a vario titolo, nell’impresa, hanno operato investimenti nel mutuale equilibrio dei loro reciproci interessi. Persino le relazioni fra privato e Pubblica Amministrazione hanno visto il nascere di quel “nuovo diritto comune” che alcune innovazioni normative hanno introdotto nel diritto amministrativo tradizionale aprendolo espressamente all’utilizzazione di “principi e istituti” del diritto civile e, in particolare del diritto dei contratti; diritto civile in qualche modo così confermato come “il diritto generale”. Il riferimento più ovvio è alla legge n. 241 del 1990 e successive modifiche: il “piccolo codice” del procedimento amministrativo. In particolare, dai primi 11 articoli della legge si ricava l’apertura all’autonomia negoziale di vasti spazi di esercizio dello stesso “potere autoritativo” della Pubblica Amministrazione fino a rendere “l’accordo” strumento sostitutivo dell’esercizio della potestà pubblica e fino a recepire per la loro regolazione proprio “i principi del diritto dei contratti.

Altre volte accade però che siano risorse culturali nate e cresciute sul terreno del diritto amministrativo a trovare spazio per esportarsi sul terreno del diritto privato; e che sia in qualche modo la scuola civilistica a doversi mettere à l’école di quella amministrativistica. La tecnica del cosiddetto abuso del diritto involge la valutazione della congruenza tra i poteri che l’ordinamento privato conferisce ad un soggetto e la funzione economico sociale di tale conferimento.

<sup>45</sup> CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova 2019.

<sup>46</sup> ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Modena, 2017, 41.

<sup>47</sup> CIRILLO, *Op. ult. cit.*, 2.

Certamente la centralità della figura dell'eccesso di potere e la percezione di questo per il tramite di figure sintomatiche via via scaturite sul terreno dell'esperienza giurisprudenziale è il primo termine di confronto che la civilistica può trarre dalla ormai più che secolare storia dell'istituto entro il diritto amministrativo. Nel 1938 scriveva un oscuro autore che porta il mio cognome che lo sviamento di potere è la figura sintomatica che più si confonde con la stessa violazione di legge<sup>48</sup>; ma che essa in realtà riassume a livello di più alta evidenza la stessa patologia espressa dalle altre figure sintomatiche; che la sanzione di invalidità dell'atto si identifica con la ragione della garanzia del Civis soggetto all'esercizio della potestà amministrativa rispetto alla condotta della pubblica amministrazione che sia "solo formalmente conforme alla legge", ma in realtà eccedente i limiti funzionali per i quali il potere è conferito. E aggiunge che si tratta di un "modello di legittimità" che rifiuta la mera equivalenza con la legge scritta, con i *verba legis*, ma che va calibrata caso per caso sull'esigenza di reprimere situazioni di abuso. E in effetti fin dal 1889 l'esercizio del controllo di "legittimità" sugli atti della pubblica amministrazione fu configurato come rimedio non solo alla illegalità definita secondo la regola della fattispecie, ma con l'individuazione, quale vizio di legittimità, dell'eccesso di potere. Può, come ho ricordato all'inizio, riconoscersi che la genialità dei padri fondatori delle categorie dogmatiche del diritto amministrativo fu quella di elevare a situazione soggettiva attiva – quella dell'interesse legittimo definito da Berti "il grande geniale inganno" – quella stessa situazione che è pur presente in diritto privato e che la volgata civilistica usa però qualificare come situazione soggettiva passiva: quella di colui che si trova in una posizione di soggezione a fronte dell'esercizio di un potere privato, situazione del tutto distinta da quella dell'obbligato entro la coppia diritto-obbligo.

Ora in estrema sintesi si può forse azzardare la seguente proporzione: l'abuso del diritto in diritto privato sta all'eccesso di potere in diritto pubblico come una situazione di soggezione di fronte all'esercizio di un potere privato sta all'interesse legittimo in diritto pubblico. Se non c'è il potere non ci sarà abuso del diritto, ma pura e semplice violazione del diritto. È vero che nel diritto pubblico ogni potere è per sua natura potere funzionale, mentre non è così o non è sempre così nel diritto privato, ma anche i poteri non funzionali hanno dei limiti. È compito dell'interprete individuare e utilizzare criteri di composizione sensibili alla forza assiologica degli interessi contrapposti. Occorre forse individuare – come la scienza amministrativistica ha saputo fare individuando le figure sintomatiche dell'eccesso di potere – criteri dotati di positività epistemica attraverso elementi che, tratti dall'ordinamento giuridico positivo, esprimono contrarietà a valori positivizzati (*in primis* la buona fede anche attraverso il suo collegamento con l'articolo 2 della Costituzione) o corrispondono a disvalori ad esempio realizzando effetti dannosi disfunzionali rispetto alla causa attributiva del potere.

<sup>48</sup> F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, 447 e ss.

Esemplificativamente, e con riguardo ad una questione lungamente controversa, quella se un recesso dalle trattative precontrattuali possa in certe situazioni configurarsi come causa di responsabilità risarcitoria verso la controparte, Lina Bigliazzi Geri dando risposta positiva alla domanda, enuncia il principio per cui, "accanto al diritto di ciascuna parte di recedere dalla trattativa sta l'interesse legittimo dell'altra parte a che quel potere di recesso sia esercitato secondo buona fede": e cioè – come scriveva un giovane Mario Bessone in un ampio scritto apparso sugli Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova del 1971 – con modalità corrispondenti all'uso che nella formazione del contratto ne fa "il normale operatore". Anche così la valutazione sull'esistenza dell'abuso, benché non operi in modo meccanicamente sussuntivo, resta di tipo fundamentalmente cognitivo perché analizza la correlazione fra la funzione tipica del potere attribuito e la divaricazione da essa dell'intento empirico, ovvero il difetto di proporzionalità fra detta funzione e il concreto atto di esercizio.

Questo esempio può servire anche a comprendere la rilevanza pratica e soprattutto sistematica dell'introduzione della clausola di buona fede in sede di formazione del contratto. Un gran numero di situazioni assai diversificate fra loro che la realtà delle negoziazioni continuamente esibisce, mostra come spesso al recesso di una parte consegua un pregiudizio anche grave per l'altra che non è facile giustificare in ogni caso. Ma nello stesso tempo non riesce affatto scontato che il danno causato dal recesso rientri nell'area di quelli che devono essere "redistribuiti" e non lasciati a carico di chi li ha subiti. Il potere di recedere dalle trattative precontrattuali costituisce un corollario importante del principio di libertà di iniziativa economica e si configura come diritto potestativo il cui libero esercizio non necessita di essere sorretto dalla dimostrazione della sua causa giustificativa. È certo che non si tratta di potere "funzionale" ma di potere attribuito dall'ordinamento nell'esclusivo interesse del suo titolare. La stessa vincolatività del contratto concluso trova la sua giustificazione sociale nella libertà di recesso nel periodo antecedente l'incontro dei consensi. Eppure l'esigenza di un controllo sulle modalità del recesso per verificare se si erano create situazioni di fatto produttive di affidamento meritevole di protezione è sempre stata oggetto di riflessione fra i giuristi volta a verificare un momento in cui il recesso ingiustificato può comportare responsabilità risarcitoria.

In Italia l'autore che ha più approfondito il tema a cavallo tra l'800 e il 900 (Faggella) aveva tracciato una progressione degli stadi evolutivi in cui si scandisce la fase formativa del contratto fino ad individuare uno stadio nel quale, per la progressione stessa della trattativa questa assume un carattere più impegnativo, individuato nella cosiddetta "autorizzazione anche tacita a trattare"<sup>49</sup>; in cui i reciproci affidamenti lasciano quasi presumere accordo a che si completi il progetto fino alla conclusione dell'affare o alla verifica che questa non è possibile. L'indicazione era accolta oltralpe da Saleilles, il quale precisa

---

<sup>49</sup> FAGGELLA, *Periodi precontrattuale e la responsabilità precontrattuale (studi per Fadda)*, Napoli, 1906, 34-35.

come atale stadio solo l'emergere della "divergenza economica" giustifica la rottura<sup>50</sup>. Il fondamento normativo di ciascuna delle due dottrine era fragile: per l'uno<sup>51</sup> la  *fictio*  di un "accordo tacito autorizzativo a trattare"; per l'altro<sup>52</sup> la prefigurazione di un ipotesi di responsabilità oggettiva non prevista dalla legge. La dottrina del tempo quasi unanime rilevava che le parti, in tali fasi della formazione del contratto, hanno come limite al loro operare soltanto il dettato della responsabilità extracontrattuale (art. 1151 c.c. 1865). Carnelutti<sup>53</sup>, nel 1912 (così come farà Orlandi quasi un secolo dopo) irrideva al tentativo di riportare alla responsabilità aquiliana la fonte della responsabilità per l'esercizio di un potere quale quello di recedere dalle trattative nella fase di formazione del contratto. E sottolineava l'evanescenza del dovere generico del *neminem laedere* paragonato a "una fata Morgana che ha per molto tempo illuso e continua ad illudere i giuristi"; come è dimostrato da ciò che "*l'aliquem laedere* è paralizzato dal suo *iure uti* nella formula per cui *qui suo iure utitur neminem laedit*".

L'articolo 1337, introducendo quale obbligo fra le parti nella fase precontrattuale l'osservanza del canone della buona fede, eleva il rapporto precontrattuale da mero "contatto sociale" ad un "contatto governato da un progetto" e dunque ad un rapporto obbligatorio il cui contenuto si specifica a stregua di buona fede. L'affidamento tutelato non è, né può essere, quello alla positiva conclusione delle trattative; ma è un affidamento che nasce dalla interazione di comportamenti precontrattuali reciprocamente dovuti. Su queste basi fondatamente la Bigliazzi-Geri poté rilevare che tramite la sottoposizione reciproca all'obbligo di buona fede oggettiva, al diritto di recedere fa riscontro un interesse legittimo altrui. Interesse legittimo a che quel potere di recesso sia esercitato in conformità alla sua funzione che è appunto quella corrispondente all'uso che, nella formazione del contratto, ne fa il "normale operatore". E ancora su queste basi Francesco Galgano in uno dei suoi ultimi scritti (sopra richiamato), cogliendo il collegamento tra abuso del diritto e clausola di buona fede, replicò ad Orlandi domandandosi: "*qui suo iure abutitur laedit?*".

<sup>50</sup> SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation dans la second rédaction du projet de code civile allemand*, Paris, 1895, 371.

<sup>51</sup> FAGGELLA, *ivi*.

<sup>52</sup> SALEILLES, *ivi*.

<sup>53</sup> CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extra contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744 e ss.

## 8. La clausola di buona fede oggettiva e il possibile valore aggiunto della teoria dell'abuso del diritto in presenza di esercizio di poteri privati. Limiti all'esercizio del diritto di voto assembleare tra clausola di buona fede e abuso del diritto

Si può dire che i casi di abuso del diritto emersi dalla pratica si raggruppano attorno a situazioni che vedono contrapposti il titolare di un interesse, che lo fa valere rifacendosi ad uno schema formale e la posizione di soggetti passivi sicuramente "incisi" da quell'atto di "esercizio di un diritto" e da esso danneggiati.

L'inquadramento che qui si vuole esplorare dell'abuso del diritto come tecnica equivalente a quella che ha condotto, in un lungo percorso storico, a costruire l'interesse legittimo come figura utile per far riconoscere spazi di tutela a chi è soggetto ad atti di esercizio del potere pubblico connotati da discrezionalità amministrativa, non significa resa alla tentazione di inquadrare ciò che emerge come "nuovo" in categorie concettuali prefigurate, ma certo all'esigenza di saggiarne la attitudine a rientrare entro più collaudati paradigmi, se ciò può valere ad individuare criteri dotati di positività epistemica, piuttosto che a meno obiettivi criteri di giustizia (sia pure entro un quadro di valori condivisi).

Rileva Renato Rordorf<sup>54</sup> (in uno scritto in ricordo di Giovanni Lo Cascio destinato ad apparire nella rivista da lui fondata intitolato "Il diritto esorbitante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato") che, definito il diritto soggettivo come "posizione giuridica di vantaggio riconosciuta ad un soggetto e diretta a tutela di un suo interesse", ogni posizione di vantaggio, ogni posizione di potere cui corrisponde un'altrui soggezione, nasconde sempre in sé il rischio dell'abuso" e perciò presuppone la necessaria individuazione di precisi limiti. E aggiunge -evocando l'oraziano "*est modus in rebus*" - che, se si esorbita da tali limiti "verrebbe meno la ragione stessa della speciale tutela attribuita al titolare del diritto dall'ordinamento". Rammenta il consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale avviato con la sentenza n. 11151 del 1995 - più volte sopra ricordata - che ha configurato l'invalidità di delibere societarie pur formalmente adottate nel rispetto delle regole procedurali corrispondenti al formale paradigma legale che regola l'azione degli organi societari, quando il voto di un socio risultato determinante ai fini dell'esito della delibera, sia in concreto pre-ordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente il socio che così ha votato, in danno di soci di minoranza, per la violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto che ha dato vita alla società. Mostra qualche perplessità sulla sovrapposizione del cosiddetto divieto di abuso del diritto e dell'applicazione della clausola di buona fede che regola, in tutte le sue fasi il rapporto obbligatorio. Rileva così che andrebbe precisato che la violazione dei doveri di correttezza e buona fede entra in gioco quando si tratta di sanzionare il "modo scorretto" con il quale la parte persegue una finalità che legalmente le sarebbe consentita.

<sup>54</sup> RORDORF, *Il diritto esorbitante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato*, in *Fall.*, 2020, vol. 10, 1199-1213.



L'abuso del diritto invece “sembra piuttosto attagliarsi all'ipotesi dell'utilizzazione dello strumento negoziale per una finalità diversa da quella per cui esso è stato concepito: non sono tanto le modalità dell'agire a venire in causa, quanto lo scopo che l'agente persegue, disallineato alla *ratio legis* che fonda l'attribuzione del diritto”.

Questa riflessione, specificamente calata sul tema del cosiddetto abuso di maggioranza assembleare, ci riporta a quella più generale introdotta in analoghi termini particolarmente da Giovanni D'Amico. Effettivamente le numerose applicazioni giurisprudenziali, anche fuori dei casi riconducibili alla materia – strettamente contrattuale ed allargata alla totalità delle relazioni obbligatorie, e persino ai diritti reali, come nella nota sentenza 15 novembre 1960 n. 3040 della Corte di cassazione sull'abuso del diritto di proprietà, pongono il canone della buona fede oggettiva – o, riecheggiando un'antica contrapposizione, in senso “etico” – a fondamento della repressione dell'abuso del diritto. Questo ha spinto uno studioso – Andrea D'Angelo<sup>55</sup> – che ha dedicato decisivi contributi all'approfondimento dei significati da attribuire alla “clausola generale” nell'ambito dei rapporti obbligatori, ad affermare che, anche alla luce della stessa clausola generale, “il riconoscimento o disconoscimento di diritti... e di doveri... non si riferiscono a precostituiti e astratti modelli di situazioni giuridiche soggettive, ma al contenuto di concrete e singolari posizioni giuridiche riferite al rapporto, al caso, alle sue circostanze”; così da dare fondamento alla configurabilità di un “diritto soggettivo concreto”, perché definibile, di volta in volta, rispetto alle circostanze del caso. Benché sia compito insostituibile della “dottrina”, attraverso la ricerca delle coerenze sistematiche espresse dall'apparato normativo complessivamente considerato e alla luce dei principi costituzionali, anche tramite l'analisi e la critica ragionata dei precedenti giurisprudenziali, tentare di enucleare regole di condotta dotate di positività epistemica, non può nascondersi che il ricorso che il legislatore fa alle clausole generali evidenzia il limite che il legislatore stesso riconosce alla propria capacità di ricomprendere atti, comportamenti, situazioni che si possono verificare entro fenomeni sociali naturalisticamente aperti a dinamiche sempre nuove, entro una tecnica normativa come quella detta della “fattispecie”.

Si può comunque in primo luogo esprimere il dissenso verso l'orientamento dottrinale (espresso con felice sinteticità da Orlandi) secondo cui “l'abuso del diritto” finisce per dissolversi nello “spazio dell'illecito, che tutto attiva nella propria sconfinata atipicità”. Pur nell'accresciuto spazio che il principio del *neminem laedere* ha assunto una volta passato da “norma secondaria”, mero strumento di tutela di situazioni soggettive riconosciute come tali dall'ordinamento, a clausola generale, lo spazio della buona fede oggettiva opera entro rapporti obbligatori e ha inizio là dove finisce lo spazio di protezione definito dalla tutela aquiliana; e questo non è destinato ad esaurirsi necessariamente

<sup>55</sup> AND. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. 13.4.2, TO 2004, 89 e ss. La costruzione è calata particolarmente sulle teoriche avviate ad elaborare una teoria del contratto (anche) come operazione economica, su cui D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

nella tutela risarcitoria, ma può condurre a privare di effetti l'atto "abusivamente" posto in essere.

Sostiene Andrea D'Angelo che, messi da parte i complessi problemi di teoria generale, e nella prospettiva di soluzione dei concreti problemi che pongono le situazioni controvertibili nell'ambito di rapporti obbligatori, anche di fonte non contrattuale, l'abuso del diritto altro non è che una formula descrittiva dell'esito del giudizio di buona fede, e dunque niente aggiunge "alla regola che governa i rapporti obbligatori, e che consiste appunto nella clausola di buona fede e correttezza, munita di solido fondamento normativo". E, in effetti, si tratta di clausola che, nel nostro ordinamento positivo, permea ogni momento del percorso dei rapporti obbligatori, che è diffusa nei principali ordinamenti stranieri, che si radica nella tradizione romanistica tanto che, come testimonia Talamanca, dal punto di vista della *bona fides* "si può scrivere la storia dell'intera esperienza giuridica romana o tentare di farlo" per il ruolo che essa ha avuto, di giustificazione della componente costituita dalla cosiddetta creazione pretoria del diritto.

Sembra dunque prevalere, in dottrina, l'opinione – specialmente tratta dal più agevole ritrovamento delle fondazioni nel diritto positivo della clausola di correttezza e buona fede – della sovrapposibilità della figura dell'abuso al generale dovere di correttezza. Resta la specificazione che la figura dell'abuso del diritto costituisce una tecnica di selezione e di sindacato degli interessi perseguiti nell'esercizio di diritti potestativi riconosciuti come tali dall'ordinamento, consentendo di reprimere forme di "uso" delle facoltà concesse dal diritto oggettivo che non appaiono però "meritevoli di tutela" da parte dell'ordinamento considerato in ogni sua parte (quasi a recepire l'antico insegnamento che esortava i giuristi a operare "*ut non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*"). E allora ci si indirizza verso l'impostazione, suggerita da Francesco Galgano e talora recepita dalla giurisprudenza di legittimità (v. oltre alla citatissima Cass. 20106 del 2009, Cass. 18 ottobre 2003 n. 15482 per cui "specifica ipotesi di violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede...viene considerata proprio l'abuso del diritto individuato nel comportamento del contraente che esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati") secondo cui la relazione che si instaura fra le due clausole generali è relazione da *genus a species*; per cui la clausola del divieto di abuso è compresa in quella di correttezza, in quanto essa è uno fra i criteri di comportamento in cui si estrinseca il generale dovere di buona fede oggettiva. Certo, la indiscutibile "positività epistemica" della clausola generale non esclude che la stessa appartenga al *genus* dei concetti giuridici indeterminati o elastici.

Dobbiamo dunque dare per acquisito che il canone della buona fede oggettiva è costantemente posto dalla giurisprudenza, nelle applicazioni concrete, a fondamento della repressione di atti o di comportamenti ascritti a fattispecie di abuso del diritto, sia riferite a modalità scorrette, arbitrarie di esercizio del diritto, sia in ipotesi di divergenza dell'esercizio di un diritto dalla funzione per la quale quel diritto o quella facoltà sono riconosciuti dall'ordinamento. Nell'esperienza giurisprudenziale, che ha dato vita ad un diritto vivente secondo paradigmi concettuali analoghi a quelli che hanno sorretto gli orientamenti giurisprudenziali formati, in Germania, sotto l'egida del par. 242 del

B.G.B., la clausola generale ha spettro sufficiente per coprire entrambe le “species” comprese entro lo stesso “genus”: quella di esercizio arbitrario e quella di esercizio difforme dallo scopo, dalla funzione tipica, per cui il diritto, il “potere” -non necessariamente di origine negoziale- viene attribuito.

Ma è proprio nelle ipotesi in cui, anche nel diritto privato, in presenza di *organization recht*, si profila l'esigenza di individuare lo strumento di tutela capace di interpretare il piano individuale, ma anche quello collettivo (coesistenti entrambi nella delibera assembleare) che la formula dell'abuso del diritto porta un “valore aggiunto” nella individuazione, per ciascun caso concreto, del giudizio, pur formulato alla stregua della clausola di buona fede, direttamente riferito al “contenuto” dell'atto negoziale<sup>56</sup>. In un certo senso è vero (come osservò Di Maio) che la buona fede, specie in relazione ai rapporti obbligatori “di durata” come sono i rapporti fra soci e società, è regola di “governo della discrezionalità”: lo è in relazione a situazioni che attribuiscono alle parti del rapporto obbligatorio un ambito di esercizio discrezionale, come avviene in presenza di clausole che attribuiscono diritti di recesso, lo *ius variandi*, ma anche il diritto di voto nelle assemblee di società commerciali. Lo stesso legislatore della riforma societaria utilizza una tecnica che impone all'operatore privato un obbligo di motivazione delle proprie scelte che cadono in contesti di grande delicatezza e in relazione ai quali il “governo della discrezionalità” vuol essere tenuto a strettissimo controllo. Così all'art. 2391 II comma si prevede che, se uno degli amministratori componenti il Consiglio abbia un qualsiasi “interesse” in una determinata operazione della società, sorge in primo luogo un suo obbligo di “disclosure” verso gli altri consiglieri; e il Consiglio a sua volta, comunque decida “deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione”. E soprattutto, in base all'art. 2497-ter “le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e di coordinamento, quando da queste influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”. Ciò sta a significare che in questi casi l'esercizio di poteri non solo gestionali ma anche organizzativi, pur non inibito in linea di principio viene preso in particolare considerazione per dare assicurazione che il potere attribuito agli organi societari sia correttamente esercitato, in relazione alla causa del contratto di società e che non vi sia “eccedenza del mezzo”. E così la previsione dell'obbligo di motivazione corrisponde a due finalità. La prima è quella di costituire stimolo per chi è chiamato ad esercitare quel potere (ed in presenza della situazione di “sospetto” in cui si trova) a precisare a se stesso e a dimostrare agli altri la precisa natura del fine e la congruità del mezzo. L'efficacia “preventiva” di questa prescrizione non pare negabile con il rilievo che “decision making” e motivazione non si identificano e che vi è netta distinzione fra contesto di decisione e contesto di giustificazione. Come rileva Taruffo, se chi agisce sa

<sup>56</sup> V. anche NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010 I, 2547.

V. anche DI MAIO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 1486.

che deve giustificare le scelte formulando argomentazioni verificabili come razionali,” potrà essere indotto a ragionare ex ante secondo criteri razionali” e scartare alternative non parimenti giustificabili. La seconda finalità è quella di consentire, ex post il controllo -anche quello giudiziale- sull’atto comportante l’esercizio di poteri discrezionali, pur facilmente confinabili col merito imprenditoriale ; controllo reso più estrinseco e “quasi di legittimità”, se oggetto primo del controllo può essere non direttamente l’atto quanto la sua motivazione. Ma quale controllo? Ogni motivazione di decisioni, anche di quelle gestionali e organizzative di un’impresa è un’operazione retorica che va a riscontrare la conformità di quella decisione ad una regola che sta fuori di essa. Con particolare riferimento all’art.2497 ter che riferito alla “società” comprende nel suo ambito operativo anche l’attività dell’assemblea e le sue scelte di carattere organizzativo la regola da osservare non è normativamente enunciata. Vi si ammette che alla decisione “influenzata” dalla capogruppo possono concorrere ragioni e interessi diversi fra loro e quindi non necessariamente coincidenti con l’interesse sociale della controllata, strettamente inteso. Ma ugualmente le decisioni della controllata pur influenzate dall’appartenenza al gruppo ed alla sua logica imprenditoriale unitaria, incontrano ugualmente il limite di legittimità consistente nel non contrasto con le “basi essenziali” del contratto di società e dunque nella sua causa lucrativa specifica entro una gestione comunque conforme al principio di correttezza. Così, certamente, la delibera -presa con il voto determinante del socio che ne ha il controllo ex art.2359 I comma- di scioglimento e messa in liquidazione della società non può giustificarsi in motivazione se l’operazione è fatta esclusivamente in funzione dell’esclusione dei soci “esterni”, magari resa ex post evidente se segue ricostituzione della stessa tra i soli soci di maggioranza

È certo comunque che l’obbligo di motivazione non richiede un’esercitazione retorica fine a se stessa e che -ricordando la distinzione di Perelman - la norma fa chiaro riferimento non alla retorica come persuasione (fenomeno di mero fatto verificabile anche con premesse fallaci), ma alla retorica come uso di argomenti ragionevoli ancorché di per se non dimostrativi ben identificabili e suscettibili di controllo di legittimità. La “falsificazione”, cosciente o meno dei presupposti di fatto costituirà un decisivo elemento sintomatico, in sede di giudizio, per inferire la deviazione dell’atto dalle ragioni enunciate e quindi dalla sua causa tipica, e per valutare la violazione di quella “norma senza fattispecie” riassunta in clausole generali.

Anche a tal fine va sottolineato che, per la prima volta (salvo gli obblighi procedurali a carico di amministratori di società posti dall’art. 2441 per il caso di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione) vediamo utilizzata dal legislatore l’imposizione all’operatore privato di un obbligo di motivazione delle proprie scelte tra quelle comprese nello spazio di autonomia negoziale. Se l’obbligo posto a carico degli amministratori dal II comma dell’art. 2391 concerne un’ipotesi di “etero gestione”, la fattispecie descritta all’art.2497 può estendersi anche ad atti assembleari e riguarda così una tipologia di atti che la legge rimette pienamente all’autonomia negoziale; ma evidenzia l’esistenza di limiti alla discrezionalità e quindi della necessità di una correlazione tra “potere” conferito e la funzione tipica per la quale il potere viene attribuito.

## 9. Il perdurante rilievo della nozione di “causa”: ricerca della causa tipica del voto assembleare: la ratio del principio maggioritario; il fine del voto e la libertà dei mezzi

Questo excursus mostra da un lato, come nei rapporti di diritto privato venga in considerazione l'elemento della “causa” *negotii*, dall'altro come, in presenza di spazi di discrezionalità nell'esercizio di facoltà, di poteri esercitabili nell'attuazione di rapporti obbligatori di diritto privato, emerga come, in quell'ambito di indefinizione o indeterminazione circa lo spazio in cui la facoltà attribuita è legittimamente esercitabile, l'esistenza del potere non possa escludere affatto spazi di “cattivo esercizio” del potere stesso. Di qui il parallelismo, da esplorare, con la figura dell'eccesso di potere come governo della discrezionalità amministrativa; ma anche il rilievo che effettivamente riveste l'abuso del diritto come principale elemento sintomatico della violazione della buona fede oggettiva. Per ciò stesso questa relazione evita il disancoramento-paventato da And. D'Angelonell'applicazione concreta della clausola generale, da quella trama di norme (alcune delle quali a fattispecie analitica) che, entro i rapporti obbligatori di diritto privato costituiscono specifiche applicazioni della clausola generale.

Dunque si danno casi in cui l'abuso da sanzionare è ravvisabile nel “modo scorretto” con il quale la parte persegue un fine che, ex iure, rientra nelle sue facoltà perseguire; casi nei quali la violazione del dovere di correttezza e buona fede, come regola di comportamento, copre interamente la fattispecie perché colpisce proprio e direttamente un comportamento-la modalità scorretta-che produce danno alla parte che è soggetta all'esercizio di quel potere. In effetti, resta distinto nella sua ontologia, il caso dell'utilizzazione di un potere, diritto potestativo, facoltà per una finalità (*id est* per la realizzazione di un interesse) diversa da quella per la quale quella potestà è prevista dall'ordinamento. La scorrettezza esiste; ma scolora il momento del “comportamento” che sta a monte dell'atto negoziale e si oggettiva interamente nel “contenuto” dell'atto stesso: comportamento, come tale, come antecedente, si è oggettivato nel contenuto dell'atto. Anche quando il potere non può dirsi “funzionale” nel significato che, nel diritto amministrativo, viene attribuito a ciascuno dei poteri esercitabili dalla pubblica amministrazione, esso non è mai “illimitato” (come dimostra l'esempio appena fatto del potere di recesso dalle trattative precontrattuali, che pure raggiunge il grado massimo che l'ordinamento giuridico intende conferire alla libera valutazione di una parte nel processo di formazione del contratto); e quando il potere è destinato ad essere esercitato in qualsiasi momento di attuazione del rapporto obbligatorio, esso ha origine da una fonte, negoziale o meno, che contiene una propria ragione, una “funzione economico-sociale” che non si identificherà mai nella facoltà di realizzare mediante il suo esercizio, qualsiasi interesse di chi ne è titolare, ancorché disallineato con la “ragione sociale” che fonda l'attribuzione del potere.

A questo punto, non si può fare a meno di considerare che, se la clausola generale di buona fede e correttezza vuole essere resa operativa anche per attribuire alla sua inosservanza effetto invalidante l'atto negoziale (come ritenuto nelle due ordinanze della Corte costituzionale sopra esaminate) posto in essere in violazione di essa clausola generale, allora l'attenzione ed il controllo non possono che ricadere sul contenuto dell'atto

negoziale. Occorrerà verificare se il “precetto” scaturito dall’esercizio dell’autonomia-la “norma privata” così posta in essere si pone entro la causa tipica dell’atto che l’ha prodotta; e, altrimenti, se essa è “meritevole” (ex art. 1322) di ottenere lo stigma e la protezione dell’ordinamento giuridico generale. Ciò comporta che l’attenzione vada spostata su un piano (che Renato Rordorf dice “diverso benché certamente collegato” all’ambito di operatività della clausola generale): quella dello scarto fra la causa tipica di qualsiasi fattispecie negoziale e quella cosiddetta “concreta” o soggettiva, intesa come la funzione sociale ed il concreto interesse che il singolo atto negoziale persegue, anche fuori ed oltre la sua corrispondenza al modello legale.

In relazione allo spazio riservato alla clausola di buona fede ed a quella – in un certo senso meno ritrovabile in espressa fonte di diritto positivo ma in realtà più suscettibile di riscontro di positività epistemica – dell’abuso del diritto, trova spazio una riflessione indotta dalle osservazioni di Aurelio Gentili<sup>57</sup>. Ivi si assume, correttamente, che nel nostro sistema giuridico – per cui “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” – non abbiano altre fonti del diritto che lo *jus positum*: la legge pur articolata nei suoi livelli gerarchici. Il nostro, in effetti, non è un sistema “dualista” (come il diritto romano con lo *jus civile* e lo *jus praetorium* o come i sistemi di common law) ma monista. Eppure senza una “dualità” nella struttura dell’ordinamento, l’abuso come tale non pare praticabile. Aggiunge peraltro Gentili che, razionalmente, l’unica dualità possibile è la dualità fra “il dettato legale e la sua interpretazione”. Ed aggiunge, condivisibilmente, che “l’elemento che è oltre il dettato legale ma non oltre la legge mi pare che sia la *ratio legis*” o meglio la *ratio* sottesa all’ordinamento normativo complessivamente considerato. Ed è proprio la “*ratio*” di una norma che conferisce un potere giuridico che sarebbe tradita da un uso non conforme alle ragioni per la quale il potere è attribuito dalla norma stessa. Rimane così entro la struttura monista del sistema il “potere privato” che pure è attribuito dall’ordinamento ma il cui uso, in ipotesi, viene esercitato da un soggetto per raggiungere scopi diversi da quelli in ragione dei quali l’ordinamento lo ha a lui riconosciuto. Ho premesso, al primo paragrafo, che “l’eccedenza nell’esercizio del diritto che configura l’abuso non può essere affermata se non è stata “desunta” dall’analisi dei caratteri particolari della disciplina giuridica dell’istituto dal quale discende il “diritto” del cui esercizio abusivo si discute”.

Il disallineamento fra la *ratio legis* che fonda l’attribuzione del potere e lo scopo pratico perseguito dovrà risultare perciò proprio dalla analisi del diritto positivo; se l’analisi sarà stata superficiale o inadeguata il risultato della valutazione sarà “popperianamente” falsificabile e non già affidata a un giudizio non suscettibile di controllo. Inoltre, come vedremo in seguito, sempre alla stregua di corretta interpretazione dei testi normativi le conseguenze giuridiche che possono dipendere dal carattere abusivo di un atto negoziale saranno differenziate in ragione anche della natura propria del diritto di cui si è fatto abuso e dunque in relazione alla specifica “funzione sociale” del potere immanente al

<sup>57</sup> GENTILI, *Nella prefazione al volume che raccoglie gli atti del Convegno sull’abuso del diritto svoltosi nel 2015 nell’ambito del Centro Studi Tuscolano*, a cura di VISINTINI, Napoli, 2016.

suo riconoscimento normativo. E dunque, il rilievo dell'identificazione della *ratio legis* di ogni norma attributiva di un diritto ci riporta (nell'ambito delle figure negoziali) alla nozione di "causa".

La formula che sembra meglio riassumere l'ordine di idee che sono maturate nella letteratura giuridica italiana sulla nozione di causa è ancora quella riassunta nelle parole di Emilio Betti<sup>58</sup>.

Afferma Betti: "nell'indagine sulla giustificazione oggettiva dell'autonomia privata occorre portare... un grado di sensibilità sociale del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore. Solo così, esaminata la struttura, forma e contenuto (il come e il che cosa del negozio), può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perché). Tale funzione... con termine tecnico legittimato dalla tradizione si denomina la "causa" ossia la ragione del negozio. Come i diritti soggettivi, anche i poteri di autonomia, infatti, non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui sono destinati: lo strumento dell'autonomia privata, posto nelle mani dei singoli, non deve essere sviato dalla sua destinazione".

La formula che riassume un tale ordine di idee è notissima e, nella letteratura giuridica italiana risale, con altre motivazioni, a tempi più remoti: la causa è la "funzione economico sociale".

In questo modo la "causa" viene a costituire il "medio" tra volontà e norma, tra autonomia e ordinamento. Certamente le recenti tendenze, manifestatesi nell'elaborazione di testi di diritto privato europeo (ma anche in alcune modifiche apportate in Francia, al code civil) sembrano orientate a ridimensionare il ruolo della "causa negotii": da momento centrale di qualunque discorso sull'autonomia privata a possibile intralcio nella costruzione di un diritto privato europeo. Anche da ciò deriva la svalutazione della sua definizione, quella di astratta "funzione economico-sociale" di ciascun "tipo" negoziale, come tecnica di formalistico controllo sulla riconducibilità degli atti di autonomia ai fini generali dell'ordinamento: quasi costringendo l'autonomia negoziale, in quanto tale, al perseguimento della funzione di interesse sociale, secondo una linea "funzionalistica" che è presente tanto in relazione al diritto di proprietà (*ex art.42* secondo comma della Costituzione) quanto all'impresa (argomenta *ex art. 41* terzo comma). Forse questo ha portato nella più moderna dottrina privatistica al declino della nozione e alla sua ricostruzione in chiave di funzione economica "individuale", quale concreta regolamentazione di interessi, "causa concreta", come la ragione giustificativa di ciascun specifico accordo, di ciascun patto, di ciascuna dichiarazione di volontà.

La "riduzione ad essenza" della figura del contratto nel Progetto europeo, ha portato alla rimozione della "causa" (così come della "consideration") dagli elementi essenziali del contratto, sembrando questo postulare un almeno apparente antistorico distacco della manifestazione di volontà delle parti da un sistema di regole esterne. Ma, in real-

<sup>58</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, 172 e ss.

tà, c'è una “invisibile” presenza della “causa” nei Principles<sup>59</sup>; presenza che si manifesta ad esempio nel rilievo attribuito all'eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti, anche dipendenti da differenziata abilità nel condurre le trattative o per situazioni di dipendenza e altre rilevanti secondo “la natura e l'oggetto del contratto”. Il significativo incontro tra giuristi continentali ed anglosassoni è avvenuto bensì abbandonando la centralità della nozione di causa o di consideration-come limiti esterni alla concreta pattuizione-; ma anche spostando il controllo dell'ordinamento sul “contenuto”. Così, al limite esterno si sostituisce il limite interno alla concreta fattispecie negoziale, limite costituito dalla clausola generale di buona fede; e in tal modo si esplicita il passaggio, come è stato precisamente proclamato, dalla “freedom of contract” alla freedom of correct contract”.

Nel sistema ancora vigente in Italia, se appare enfatico assumere la “causa” come lo strumento generale di controllo sulla “socialità” del contratto, resta immutata la sua rilevanza sia nella indicazione degli essentialia negotii (art. 1325 n. 2) sia nella concreta disciplina (art. 1343 e art. 1322 secondo comma); resta aperto lo spazio di un controllo, specie attraverso il raffronto tra la “causa tipica” di un atto negoziale (nella sua oggettiva e impersonale funzione) e la causa concreta, individuata nella funzione che il singolo atto realizza, per un controllo sulla sua razionalità complessiva, tratta dalla congruenza fra funzione tipica dell'atto, attraverso l'identificazione degli interessi perseguiti nel modello astratto e la regolamentazione di interessi presente nello specifico atto di autonomia. La nozione di “causa in concreto” non è (stata) soltanto uno “slogan di successo” (talvolta “abusato” dai causi dicit), ma strumento – come lo è stata la figura dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo – per identificare l'area entro cui si può esplicare il giudizio di “meritevolezza” della regolamentazione degli interessi delle parti come configurata dall'atto di autonomia. In un certo senso, può dirsi che, per questo mezzo, sia ravvisabile un eventuale abuso del diritto, inteso (V. Cass., n. 1184 del 2020) come “sviamento del diritto rispetto alla sua funzione tipica; la facoltà e i poteri inerenti ad un diritto soggettivo venendo utilizzati dal titolare per perseguire un interesse diverso da quello per il quale gli sono stati attribuiti”.

Il richiamo alla causa concreta è frequentemente espresso nelle sentenze<sup>60</sup>. Come rilevato in dottrina<sup>61</sup>, se la tecnica argomentativa in termini di “causa concreta” si è talora adoperata ad uso puramente ornamentale e disgiunto dalla sua attitudine a un reale

<sup>59</sup> V. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 501.

<sup>60</sup> In particolare, fra le altre, Cass. 21 febbraio 2020, n. 1184, che, riconducendo alla figura dell'abuso del diritto, la disposizione (art. 9, legge n. 92/98) che sanziona l'abuso di dipendenza economica nei rapporti di subfornitura la definisce come “sviamento del diritto rispetto alla sua funzione tipica, le facoltà e i poteri inerenti a un diritto soggettivo venendo utilizzati dal suo titolare per perseguire un interesse diverso da quello per il quale gli sono stati attribuiti”.

<sup>61</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, a cura di ROPPO, II, Regolamento, Milano, 2022, 81 e ss.; PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la cosiddetta interpretazione abusiva del contratto: noterelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, 604.



progresso ricostruttivo, tuttavia non può essere disconosciuta pregiudizialmente la sua possibile utilità “come strumento operativo da maneggiare con sapienza professionale per produrre giudizi al tempo stesso più giusti e tecnicamente ben fondati”<sup>62</sup>. Dunque, alla stregua della felice intuizione di Betti, sopra ricordata, la causa concreta deve cogliere il “perché concreto” di un atto negoziale e dunque, per ciò stesso quello vero. Nello stesso tempo<sup>63</sup> lo schema negoziale pur divergente e talora incompatibile rispetto all’interesse perseguito può risultare idoneo proprio ad esprimere, nei suoi molteplici profili, l’unità dell’operazione: imponendosi allora uno spostamento dal singolo atto negoziale alla operazione economica che lo caratterizza. Il che avviene con più frequenza proprio quando l’atto di autonomia non è costituito da un contratto ma da un atto unilaterale; e tanto più questo passaggio appare ineludibile quando l’atto negoziale si colloca entro un procedimento, e il procedimento segna le “regole di azione di una organizzazione” ed è espressione del potere autodeterminativo dell’organizzazione stessa.

Solo che, non valendo in diritto privato il vincolo di necessaria funzionalizzazione dei “poteri inerenti a un diritto soggettivo” alla funzione tipica propria dell’atto negoziale adottato, il controllo si sposta sul contenuto e la regola di governo (anche per superare il vaglio di meritevolezza cui soggiace l’atipico) non potrà che farsi con il ricorso a quella regola di governo di ogni rapporto obbligatorio sancito dall’art. 1175 del codice civile, riassunta nella clausola generale di buona fede oggettiva. La regola di governo è destinata a valere anche al di là degli effetti di un negozio validamente concluso (*in executivis*) ma estesa fino a ricomprendere tutti quegli obblighi integrativi anche di carattere autonomo, che si fondano sul venire in essere, fra soggetti determinati, di una relazione specifica riconosciuta dalla legge – *ex art. 1173* sopraricordato – come fatto idoneo a produrre obbligazioni. Non si assiste, in tal caso, ad una specificazione del dovere del *neminem laedere* con il rischio di aprire davvero uno spazio “che tutto attira nella propria sconfinata atipicità” secondo la colorita espressione di Orlandi, ma ad una posizione di doveri correnti fra persone determinate: le parti del rapporto obbligatorio. Né il carattere “obbligatorio” della relazione può essere messo in dubbio per il fatto di esprimersi in una mera “regola di condotta”; regola che appare invece, secondo la felice espressione di Mario Bessone<sup>64</sup> “così più significativa proprio perché il suo assunto è tanto indeterminato”. La stessa regola destinata a governare la fase precontrattuale *ex art. 1337* si specifica poi in fattispecie particolari (vedi artt. 1718, 1812, 1821) alcune delle quali (quella, già ricordata dell’art. 1338, l’art. 1398, gli artt. 1892 e 1893 ed altre legalmente descritte) incidono sulla validità o sull’efficacia di atti di autoregolamentazione di privati interessi. Così da far dire a Cuffaro<sup>65</sup> che la regola di comportamento “esprime una potenzialità precettiva, che “non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio”.

<sup>62</sup> Come auspica lo stesso ROPPO, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957.

<sup>63</sup> SCOGLIAMIGLIO, *op. loc. cit.*

<sup>64</sup> BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1972, 983.

<sup>65</sup> Nella voce dell’Enciclopedia del diritto dedicata alla responsabilità precontrattuale.

## 10. Incongruenza teleologica tra causa tipica e causa concreta del voto in assemblea. Atipicità dell'atto unilaterale; giudizio di meritevolezza e ruolo della clausola di buona fede

Passando, dopo l'ampia esposizione dei temi di teoria generale che presiedono all'impostazione del problema, alle conclusioni sul tema specifico dell'abuso di maggioranza nella società di capitali, si sintetizzano i passaggi fondamentali che conducono alla proposta di soluzione.

La specificità del problema e la sua stessa problematicità derivano proprio dal fatto che, nell'attività dei gruppi, e particolarmente di un gruppo-di cui il socio fa parte-che esercita un'attività lucrativa, sul piano fenomenologico, può esservi un intreccio tra interesse personale dell'associato e interesse "comune" riassunto nella ricerca della massima valorizzazione del capitale investito. Il voto di ciascun socio esprime la libera valutazione dell'interesse sociale che è l'oggettivo interesse comune dei soci. La libertà di voto è certo espressione dell'orientamento liberale, che ha trovato conferma nel primo comma dell'art. 41 della Costituzione, alla stregua del quale principio può ritenersi che lo strumento più idoneo per il conseguimento del bene comune sia la libera espressione di ciascuno dei partecipanti al gruppo. È proprio tale orientamento-che valorizza la funzione fondamentale di libertà di voto-che si coniuga all'adozione del principio maggioritario come mezzo più attendibile per il perseguimento dell'interesse comune. Questo è il "fine". Entro questo fine, la valutazione che ciascun socio fa dei propri interessi particolari-non in conflitto con il fine-potrà differenziare le scelte quanto ai mezzi per perseguire il fine comune; ma non per assumere, in luogo dell'interesse sociale, un'altra finalità. Libertà di voto e vigenza del principio maggioritario come strumento più idoneo per perseguire l'interesse comune è la "cornice" entro cui si colloca il diritto di voto: non tanto il "limite", ma la direzione positiva verso cui va indirizzato l'esercizio del potere. L'architettura della disciplina positiva delle società di capitali vede fondarsi entro la medesima *ratio legis* sia il riconoscimento del "potere della maggioranza, sia, nell'ambito della tutela assicurata alla minoranza, la diversa distribuzione dei poteri assegnati alla stessa, attuata variandone l'intensità in ragione delle percentuali di partecipazione raggiunta. Il potere della maggioranza riposa, nelle società lucrative, non tanto sul principio per così dire "democratico" in quanto tale, quanto sul principio organizzativo che lega potere a rischio, sull'ovvio presupposto che la miglior scelta decisionale si presume collegarsi alla volontà di chi riceve i maggiori benefici se la decisione è buona – ossia la più idonea a realizzare l'interesse sociale – e i maggiori danni da quella "cattiva". Affinché il principio non perda il suo fondamento di carattere organizzativo, occorre però che non sia lesa, il linea di principio, la parità di trattamento: occorre cioè che la decisione non sia destinata a produrre effetti favorevoli per i soci di maggioranza che non vadano a ripartirsi, nella stessa proporzione, fra tutti i membri della compagine sociale; ed è *ratio* confermata, come tale, dalla stessa disciplina del conflitto di interessi. *Ratio* che, pur non escludendo che il singolo socio, nell'esprimere con il voto in assemblea la propria volontà sulle determinazioni da prendere, terrà conto del proprio individuale interesse, dovrà indirizzarlo a prendere una decisione che, nella varietà dei mezzi a disposizione, abbia

come fine il perseguimento dell'interesse sociale. La libertà nella scelta dei mezzi non potrà disgiungere la scelta del mezzo dal perseguimento del fine che è quello pre-costituito dall'ordinamento. Con l'ulteriore precisazione che, come emerge dalla disciplina positiva, il rischio varia (e con il rischio l'attribuzione di poteri) con il variare della misura delle partecipazioni sociali; e, allo stesso modo la correlazione fra l'attribuzione ai soci di minoranza di poteri di "autotutela" non prescinde affatto dalla misura del possesso di percentuali volta a volta determinate, di capitale di rischio.

La legge ricollega taluni poteri attribuiti alla "minoranza" a certe percentuali di capitale; poteri che possono variare o escludersi del tutto in ragione della misura di tale possesso. In entrambi i casi, in base alla ratio delle disposizioni normative che, anche in relazione ai diversi tipi societari, determinano i quorum costitutivi e deliberativi, in ragione del cui raggiungimento attribuire effetti valevoli per il "gruppo", di decisioni prese con il voto, può dirsi che il potere attribuito con il voto-pur nella libera valutazione dei mezzi per raggiungere il fine-non può essere scollegato da quel fine l'interesse sociale- e dunque non è scollegato dalla funzione tipica per la quale il potere è conferito.

Ora, come ha rilevato Pietro Rescigno fin dal 1963, l'indirizzo interpretativo riassunto nella formula di "abuso del diritto" affonda le sue radici nel diritto positivo; e, sulla base di esso, porta alla luce – al di là dei requisiti formali – "la ragione sostanziale" per cui un potere viene concretamente esercitato, per porla a confronto con la ragione giustificativa delle previsioni normative intese ad attribuire ad un soggetto privato prerogative, poteri, facoltà che incidono nella sfera di altri soggetti. Con l'invito a chi, studioso o pratico del diritto, fa opera di interpretazione, di portare alla luce per ogni "istituto giuridico" la "ragione politica", la funzione economico -sociale, in una parola la "causa", che è quella che ne ha determinato la fondazione e che ne determina l'accettazione da parte della collettività. Su queste basi, con diverse parole, ma con uguale fondamento nel sistema normativo complessivamente considerato, si indica, da parte di Lipari, l'utilità di tale tecnica, non certo per negare spazio all'esercizio di un diritto normativamente riconosciuto, ma per poter definire la stessa "cornice formale attributiva del diritto"<sup>66</sup>; e da altri<sup>67</sup> si esprime apprezzamento per il corretto utilizzo di "parametri di comparazione sensibili alla forza assiologica degli interessi" attraverso la necessaria valutazione della "correlazione fra poteri conferiti e lo scopo per il quale essi sono conferiti". Il rilievo dell'esorbitanza dell'intento empirico dalla causa tipica, tuttavia, non basta di per sé a sanzionare l'atto con l'invalidità o con l'inefficacia; ma potrà assumere giuridico rilievo alla stregua delle osservazioni che seguono.

Possiamo prendere le mosse dal caso risultato paradigmatico anche nell'esperienza giurisprudenziale. È, in estrema semplificazione il caso del socio di maggioranza che

<sup>66</sup> LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto, Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1 e ss.

<sup>67</sup> SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto civile*, II, il diritto soggettivo, nel Trattato di diritto civile diretto dal medesimo autore, Torino, 2001, 320.

vota un aumento di capitale, in assenza delle condizioni che rendono utile per la società l'ulteriore conferimento di capitale proprio, con l'unica finalità di ridurre la partecipazione dell'altro socio che egli sa non trovarsi nella situazione finanziaria che gli consenta di sottoscrivere le azioni o le quote di nuova emissione.

In questo caso, è certo lo scarto tra la causa tipica della fattispecie – voto assembleare – finalizzato all'individuazione della scelta più rispondente all'interesse sociale anche attraverso la libera valutazione dei mezzi per raggiungerlo e la funzione economica pratica (se vogliamo la “causa concreta”) che prescinde dalla ricerca conseguimento dell'interesse sociale, e mira ad un vantaggio individuale da raggiungere in danno di altri soci di cui viene ridotta la misura della partecipazione sociale (cosiddetta finalità depredatoria). La incongruenza teleologica dell'atto concreto rispetto al fine (la migliore realizzazione dello scopo comune del gruppo) che in una prospettiva “istituzionalistica” (costruita attraverso la figura dell'eccesso di potere come valevole per gli organi della pubblica amministrazione) inficia di per sé la validità dell'atto per la necessaria tipicità che associa l'atto di autonomia negoziale all'atto amministrativo; nella prospettiva “privatistica” e contrattualistica quanto meno del “rapporto” societario, non vale di per sé sola, a comportare invalidità del voto – e della delibera assunta in conseguenza del voto – per illiceità della causa o dei motivi. Vale soltanto a comportare l'accertamento del distacco della funzione economico-pratica che quel singolo atto (il voto decisivo in assemblea) tende a realizzare dal modello tipico che finalizza il voto al perseguimento dello scopo comune. Quell'incongruenza dell'atto concreto rispetto alla finalità della causa tipica, distacca quell'atto dal “negozio nominato” costituito dalla delibera assembleare e lo colloca fra le fattispecie negoziali atipiche, inserendolo così nell'area in cui si esplica il giudizio di meritevolezza.

La rilevanza della “causa in concreto” di atti generalmente considerati come attuativi del contratto sociale nella materia societaria è dimostrata anche dalla eccezionale previsione dell'obbligo di motivazione di un atto di autonomia, che (come nell'esempio in precedenza formulato) può estendersi ad ogni organo sociale, obbligo posto dall'art. 2497 ter, per cui ogni decisione “delle società” soggette a direzione unitaria, deve essere analiticamente motivata e “recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”. In questo caso, l'atto di autonomia deve enunciare e spiegare la “ragione giustificativa”, la causa concreta della decisione presa. L'eccezionalità della previsione normativa sta nell'aver posto a carico degli organi sociali uno specifico obbligo di motivazione; e si spiega la scelta di un regime più specifico e più stringente rispetto a quello risultante, per i soci e per gli amministratori, rispettivamente agli artt. 2373 e 2391, per il fatto che, nel caso dei “gruppi” l'interesse “altrui” rispetto a quello sociale non è un interesse occasionale del socio o dell'amministratore; ma è l'interesse che costituisce la ragione determinante dell'assunzione del controllo, che è l'interesse alla gestione dell'impresa facente capo alla società controllata sulla base di un collegamento *ex art.* 2359 che rende, a priori, improbabile l'esclusiva considerazione dell'interesse della società controllata quale regola assoluta di gestione. Ma l'apparente amputazione del regime generale del conflitto di interessi non si traduce affatto in manipolazione della “causa” stessa del contratto di società (o di altro atto o negozio che ne abbia determinato

l'origine) che risiede, in ogni sua manifestazione, nel perseguimento della finalità lucrativa comune a tutti i soci : gestori, finanziatori o “esterni” che essi siano.

Sotto altro profilo, va ribadito che la ragione giustificativa dell'atto unilaterale avente contenuto patrimoniale (art. 1324) in che consiste la manifestazione del voto è causalmente funzionale all'interesse della società; e lo è segnatamente l'atto che sorregge la delibera di aumento del capitale. *L'expressio causae* – rinforzata dalla previsione che ricorra una specifica “esigenza” facente capo all'interesse della società – che deve essere illustrata dagli amministratori con apposita relazione, valutata dal collegio sindacale e infine approvata dall'assemblea si giustifica quando il diritto di opzione viene escluso o limitato. In tal caso, l'impossibilità per i soci di mantenere la propria percentuale di capitale non è “di mero fatto” e questo spiega e giustifica la specifica e rigorosa disciplina. Ma la norma vuole assicurarsi che l'operazione non sia esclusivamente destinata a creare alterazione nella misura rispettiva delle partecipazioni dei soci che prendono parte alla deliberazione. Se si conviene che la deliberazione di aumento di capitale di società per azioni e i voti che la sorreggono sono atti negoziali non qualificabili come “negozio a causa variabile” (come gli SWAP nella fattispecie decisa da Cassazione sezioni unite 12 maggio 2020 n. 8770) con la conseguenza che, in tale ultimo caso, in mancanza di individuabilità della “causa concreta” “l'affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito”) ma è atto caratterizzato da causa tipica, che si riassume nel fine di perseguire l'interesse comune dei soci con piena libertà nella scelta dei mezzi, occorre riconoscere che la divergenza della funzione economica dell'atto dalla ragione assunta a base della previsione normativa non scolora nei motivi, ma assume una colorazione causale. I motivi restano esterni alla struttura negoziale, coesistono con tutti gli altri elementi essenziali e non assumono rilevanza causale; restano fuori dal negozio esaurendosi nella rappresentazione soggettiva di utilità ulteriori che il soggetto pensa di poter trarre dalla fruizione degli effetti negoziali. Inoltre, come sopra sottolineato, la proporzionalità tra misura della partecipazione sociale e rischio e correlativa attribuzione di potere, che è alla base del link fra maggioranza e potere di governo, opera anche correlando l'attribuzione di poteri – che si possono definire di autotutela – alla minoranza, legandola a determinate soglie di accesso variamente distribuite in relazione per quanto concerne le società per azioni i sottotipi (società quotate, società aperte, società chiuse) e alle previsioni dell'atto costitutivo. Con riferimento alle società quotate, nella disciplina del testo unico sulla finanza, è dato riconoscere, pur nell'indeterminatezza concettuale che questo genere di classificazione presenta, l'utilità di tipologie sociologiche, quali: l'azionista “risparmiatore” o mero investitore disinteressato alla vita della società (l'intruso di ascarelliana memoria), l'azionista imprenditore, detentore di un pacchetto di minoranza qualificata che, pur da una posizione di minoranza, partecipa alla vita della società, e infine l'investitore “istituzionale”. Queste due ultime categorie ricevono, nella disciplina normativa delle quotate, strumenti di tutela per le minoranze che sono precluse al “socio risparmiatore”. Ci si riferisce, senza dover ricordare le specifiche discipline, all'istituto cosiddetto della minoranza di blocco (attuato prevedendo per l'assemblea straordinaria di terza convocazione, accanto ad un quorum costitutivo stabilito in una percentuale del

capitale sottoscritto, un quorum deliberativo calcolato sulla base non del nominale, ma del capitale rappresentato in assemblea. In questo caso è premiata - nel senso che la sua presenza determina un considerevole aumento percentuale del quorum deliberativo - la minoranza "attiva", come quella costituita da investitori istituzionali, ad esempio i fondi pensione. In altra fattispecie, di rilevantissima importanza, il quorum deliberativo si misura su una frazione del totale del capitale sottoscritto; ciò avviene (oltre che per l'approvazione di aumenti di capitale con esclusione del diritto di opzione in base alla norma codicistica di cui all'art. 2441) sulla base dell'art. 104 del testo unico della finanza che consente deroga, in caso di OPA, alla passivity rule, solo se le operazioni di contrasto siano state autorizzate dall'assemblea con il voto favorevole di almeno il 30% del capitale sottoscritto. E, in generale, vari poteri riconosciuti alla minoranza non sono esercitabili se non è superata una certa soglia di partecipazione sociale. La stessa possibilità di impugnare delibere assembleari illegittime al fine di ottenerne l'annullamento può essere proposta solo dai titolari di azioni aventi diritto di voto che possiedono una quota di partecipazione che varia secondo che si tratti di società aperte o di società chiuse. E ugualmente avviene per la legittimazione a proporre denuncia al tribunale ex art. 2409; e la stessa denuncia al collegio sindacale, pur consentita a "ogni socio", è destinata ad avere necessariamente un seguito solo se proveniente da tanti soci che rappresentino una determinata quota di capitale sociale.

Particolarmente delicata è la situazione che, con il variare delle partecipazioni, si verifica a proposito di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza. La legittimazione a proporre tale azione - che costituisce forse il simbolo più significativo di tutela delle minoranze attuata attraverso l'attribuzione di "poteri" da esercitare entro l'ordinamento societario - non è attribuita ai singoli soci in quanto tali (come nella *derivative action*) ma ai soci titolari da almeno sei mesi di una predeterminata quota di capitale sociale (un quinto del capitale o la diversa misura prevista nello statuto, purché non superiore a un terzo; un quarantesimo del capitale nominale nelle società cosiddette aperte). Il problema nasce dal fatto che, per il mutare della quota di partecipazione attribuibile a ciascun socio, nel corso del processo, i soggetti che hanno esercitato l'azione possono venirsi a trovare titolari di una quota di capitale inferiore alla soglia minima prevista dalla legge o dallo statuto. Se, come si ritiene, il possesso della titolarità della quota di capitale necessaria per l'esercizio dell'azione non è mero presupposto processuale, ma "condizione dell'azione", esso deve permanere e sussistere fino al momento della decisione, pena l'inammissibilità sopravvenuta della domanda stessa, secondo una soluzione più radicale. Tuttavia è vero che il processo, una volta nato regolarmente, se la minoranza attrice superava all'atto della sua introduzione la soglia partecipativa minima, è destinato a proseguire fino alla decisione, una volta che si sia perfezionato il contraddittorio con la società. Sicché, attivato il veicolo processuale, il processo ha nella società costituita un soggetto legittimato a radicarne la prosecuzione fino alla decisione. Ma, se la minoranza scende sotto la soglia minima essa perde il potere processuale di provocare la pronuncia sulla propria domanda; le "conclusioni" della società, espresse in conformità alle istruzioni fornite dalla maggioranza, saranno presumibilmente divergenti, dissociate da quelle del soggetto che ha iniziato la causa ma ha poi perduto la legittimazione processuale.

Inoltre la conservazione delle soglie di partecipazione è la condizione non solo per la partecipazione della minoranza al processo, ma anche per l'applicazione della cosiddetta soglia di blocco – identica a quella che determina la legittimazione della minoranza a proporre l'azione, ex artt. 2393 ultimo comma e 2393-bis ultimo comma – alle delibere di rinuncia o di transazione da parte della società.

La rilevanza che l'ordinamento riconosce al possesso di percentuali determinate di partecipazione sociale per attribuire al socio di minoranza l'intera gamma di poteri che esso dà alla minoranza stessa per rafforzarne la tutela e così anche meglio garantire la legittimità sostanziale dell'operato degli organi di governo delle società, mette in rilievo come una varia tipologia di operazioni societarie – in primis l'aumento di capitale sociale non richiesto al fine di realizzare l'interesse sociale, così come l'ingiustificato diniego di distribuzione di utili – si prestino, in relazione alle concrete circostanze (principalmente quella che vede taluno dei soci e in particolare il socio che crea disturbi o è ostile in condizioni economiche tali che non lo vedono in grado di esercitare il diritto di opzione o, nell'altra ipotesi addirittura costretto a “fare cassa” vendendo una parte del capitale investito) non solo a danneggiare alcuni soci a vantaggio di altri, ma a sovvertire a tale punto le stesse regole di funzionamento dell'organismo societario da porsi, in casi estremi, quasi in conflitto con l'ordine pubblico<sup>68</sup>, con le conseguenze descritte all'art. 1345 del codice civile. Sembra corretto in tali casi, distinguere la “causa concreta” difforme dalla causa tipica di un atto negoziale “nominato”, come è il voto del socio in assemblea, sol per divergere dalla funzione economico sociale di perseguire il miglior interesse comune dei soci da ciò che costituisce, in altri casi, il “motivo” e cioè la rappresentazione soggettiva di un vantaggio particolare che in quel modo potrebbe conseguire dagli effetti dell'atto e che potrebbe non solo evadere dalla causa tipica e ricadere nell'atipico, ma essere colorato di vera e propria illiceità art. 1345.

Quale che sia il “motivo” soggettivo posto alla base dell'esercizio del diritto di voto espresso in modo non coerente con la causa tipica e riconosciuto che le norme sopra ricordate sono dirette a garantire, nell'ambito di ciascuna categoria, eguali diritti partecipativi – patrimoniali e amministrativi – in ragione della proporzione della propria partecipazione al capitale nominale, secondo quanto previsto dalla legge e dallo statuto, esse non garantiscono certo la immutabilità delle quote di partecipazione di ciascun membro del gruppo. Ma le modifiche delle quote partecipative devono poter avvenire o nei modi e nei casi previsti dalla legge (compreso il caso di aumento di capitale delibera-

<sup>68</sup> Ricorda GAMBINO (*op. cit.*, p. 28) che, particolarmente nel periodo della Repubblica di Weimar, fu addirittura la nozione di “buoncostume” – in quanto identificato nella conformità “ad un onesto traffico commerciale”, a costituire il limite superato in caso di delibere approvate in danno della minoranza. La tesi fu in Italia in un primo tempo sostenuta anche da Ascarelli (sulla protezione delle minoranze nelle spa, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 739) che poi se ne allontanò (interesse sociale e interesse comune nel voto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 1162). Pare evidente l'inadeguato riferimento ad un canone che costituisce proprio l'estremo limite etico-sociale che l'autonomia privata può incontrare nell'esercizio di poteri ad essa riconosciuti.

to in funzione dell'interesse della società) o attraverso i meccanismi di mercato. Il socio di maggioranza può liberarsi della presenza fastidiosa del socio o dei soci di disposti ad avvalersi dei "contropoteri" partecipativi che la quota di capitale di partecipazione raggiunta gli consente di esercitare. Per questo egli dovrà negoziare un prezzo di cessione che inevitabilmente terrà conto del "potere negoziale" verso la maggioranza di controllo esercitabile da chi, con la cessione, andrà a perdere quei poteri di condizionamento e di controllo che spettano soltanto alla minoranza "qualificata". Al vantaggio, per il socio di comando, del venir meno dei vincoli e dei penetranti poteri di controllo spettanti alla minoranza qualificata, corrisponde la perdita per il socio o i soci di minoranza di quei poteri che a favore della minoranza stessa l'ordinamento gli ha attribuito e del valore patrimoniale che a quei poteri è connesso. In un caso, come quello sopra descritto, in cui in pendenza di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza, il venir meno della legittimazione legata al superamento della soglia, prima della precisazione delle conclusioni, incide sul processo, sconvolgendone lo svolgimento fino a far perdere alla minoranza attrice il diritto alla decisione sulla propria domanda, o a rendere possibili per la società gestita dalla maggioranza la rinuncia all'azione. L'art. 35 del B.G.B., con riferimento a tutte le persone giuridiche a carattere associativo, stabilisce che tutti i "diritti particolari" di ciascun associato non possono essere pregiudicati senza il suo consenso da una delibera assembleare. Ma anche in difetto di specifiche normative di settore, l'operatività della clausola generale di buona fede offre rimedio all'esigenza che i rapporti interni fra gli associati si realizzino attraverso atti o comportamenti improntati a lealtà reciproca ed evita così di far assumere al gruppo provvedimenti che si concretano in vantaggi particolari per alcuni cui corrisponde il depauperamento di altri associati, senza che ciò trovi giustificazione nel superiore interesse comune. L'abuso del diritto, come proiezione oggettivata del dovere di correttezza e buona fede oggettiva (nozione che, richiamando Bessone, è tanto più opportuna quanto più è indeterminata) non può non coprire operazioni societarie attuate attraverso deliberazioni dirette a realizzare, nel risultato economico finale, un vantaggio del socio o del gruppo di maggioranza cui corrisponde un danno per la minoranza.

Conclusivamente può permettersi un'osservazione a latere. Sembrano fondate le obiezioni già scrutinate all'inizio circa l'applicabilità in via analogica (anche nella forma - fondata sul ricorso ai principi generali del diritto quale mezzo di auto integrazione dell'ordinamento-cosiddetta dell'analogia *iuris*) dell'art. 2373 sul conflitto di interessi. Qualche spazio potrebbe però aprirsi per un'applicazione diretta della norma che pone un limite all'esercizio del voto per il caso in cui agiscano nel votante specifici interessi extra sociali. La conseguenza non sarà l'invalidità *tout court* del voto determinante espresso dal socio in conflitto di interessi, ma l'attribuzione al giudice del potere di annullare voto e delibera previo esercizio di un "eccezionale controllo di merito" (così, Mengoni) consistente nella "prognosi postuma" della possibilità che la delibera sia dan-



nosa per l'interesse sociale<sup>69</sup>. L'ostacolo all'applicazione diretta dell'art. 2373 è sembrata risiedere nel fatto che, per l'operatività di tale disposizione, deve ricorrere il presupposto che, in capo al votante, siano presenti situazioni di conflitto obiettive e preesistenti alla deliberazione stessa; non rilevando a tal fine i motivi che hanno ispirato il voto. Se non si vuol tradire il senso della norma non vedo come si possa escludere "l'interesse in conflitto" nella situazione del socio di maggioranza che, nell'esercizio del diritto di voto, assume come proprio "interesse" quello di ridurre la quota di partecipazione del socio di minoranza in viso. Certo non è questa la situazione tipica in cui si va a sostanziare la relazione tra un soggetto ed un interesse preesistente alla votazione. Ma il voto che si va ad esprimere per ottenere un proprio particolare vantaggio in danno di altro socio, si fonda sulla relazione tra esercizio del voto e vantaggio particolare del socio che è anteriore alla delibera. Non sembra potersi ridurre tale "relazione" – ai fini della ricorrenza della fattispecie descritta dall'art. 2373 – al solo elemento del "motivo". Il motivo soggettivo, in questo caso, altro non è che la proiezione psicologica del dato obiettivo che ne sta alla base: l'interesse. Quell'interesse particolare del socio che, se confliggente con quello della società, realizza il presupposto per l'applicazione dell'art. 2373. Dovendosi considerare altresì che un aumento di capitale che non abbia alcuna giustificazione non è "neutro", ma è confliggente con l'interesse della società inteso come interesse comune dei soci per la massima valorizzazione del capitale proprio investito. In estrema semplificazione si può ipotizzare che i mezzi finanziari per gestire utilmente un'impresa siano pari a 100, che l'utile annuale, al lordo delle imposte sia 20, che il capitale necessario sia al 50% capitale proprio e per il restante 50% preso a prestito con un costo del 10%. In tal caso il rendimento dell'operazione economica sarà il 20% sulla parte di capitale proprio e del 10% su quella parte che si avvale di credito bancario per un totale del 30% riferito al capitale proprio investito nell'impresa. Se in ipotesi – nella medesima situazione – si decide un aumento di capitale che faccia a meno del capitale di credito l'investimento di capitale proprio sarà 100 e il rendimento del 20% anziché del 30% sia pure sul minor capitale investito. Naturalmente si tratta di un calcolo del tutto astratto, ma che assume l'ipotesi data, che cioè sia deliberato un aumento di capitale che va a impegnare i mezzi propri dei soci in luogo del capitale di credito, senza che tale operazione trovi alcuna giustificazione nella gestione dell'impresa. Il conflitto con l'interesse sociale sussiste anche in questa ipotesi in quanto il danno per la minoranza – il socio o i soci di minoranza – passa anche attraverso la lesione di quello che è l'interesse comune dei soci.

Ciò che è centrale, sulla base delle riflessioni fin qui svolte è, in primo luogo, la mancanza di congruenza teleologica dell'atto, della sua "causa concreta" rispetto all'interesse comune, alla "causa tipica". Ciò non si traduce, di per sé in ragione di invalidità dell'atto; ma determina il rifluire del voto e della deliberazione assunta con il suo determinante

<sup>69</sup> Così MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni in assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 445 e ss.

apporto, nell'area della "atipicità", nell'area soggetta al giudizio di meritevolezza, giudizio da svolgersi alla luce della regola di correttezza e buona fede.

E così, anche all'interno di un'impostazione pancontrattualistica (ove si ammette la possibilità che le parti di una negoziazione possano, entro i limiti imposti dalla legge, anche evadere dallo schema tipico dell'atto) il "contratto di società" ma anche il rapporto che origina dalla costituzione di una società con atto unilaterale o *ex lege*, si articola per svolgersi – per ripetere la formula dell'art. 1420 – all'insegna del "conseguimento di uno scopo comune". E peraltro, il ruolo della clausola generale è centrale punto di riferimento sia come strumento di controllo dell'adeguatezza dell'atto di autonomia all'interno del rapporto associativo e degli equilibri che vi sono connessi, sia sotto il profilo più strettamente organizzativo come essenziale parametro per la valutazione dell'esercizio di poteri discrezionali (anche con riferimento a quanto sopra argomentato sulla relazione fra esercizio di poteri discrezionali, abuso del diritto e buona fede oggettiva).

Il voto e la delibera che consegue dalla votazione sono espressione di autonomia privata, sono atti negoziali. Ma essi, all'interno dell'ordinamento in cui operano, sono anche provvedimenti: "norme private". Secondo l'insegnamento che è dato trarre dalle due ordinanze della Corte costituzionale sopra esaminate (laddove considerano affetta da nullità virtuale la pattuizione che si pone in contrasto con la regola di correttezza e buona fede-considerata come norma imperativa per la sua elevazione a "principio" in forza della derivazione dall'art. 2 della carta costituzionale) la conseguenza dovrebbe essere quella radicale della nullità della delibera. L'ordinamento generale, che pone al vertice i principi costituzionali, non potrebbe dare riconoscimento e assicurare tutela ad una norma posta all'interno di un ordinamento particolare che contraddice una regola elevata a principio dall'ordinamento generale.

Entro un'ipotesi ermeneutica che vuole essere più vicina alla impostazione civilistica consegnataci dalla tradizione si è qui proposta una lettura che individua la "causa concreta" del voto assembleare come difforme e incongrua rispetto alla causa tipica di quell'atto; e, nell'ambito della valutazione che l'art. 1322 lascia aperta in ordine alla "meritevolezza" degli interessi che il negozio atipico mira a realizzare, non dubita che essa venga a mancare alla stregua della regola espressa dalla clausola di correttezza e buona fede, quando la finalità "depredatoria" nei confronti di altro associato è la sola che sorregge il voto e la delibera. Si ammette la piena libertà di espressione del voto del socio in assemblea, come libera valutazione sulla rispondenza del contenuto della delibera posta in votazione all'interesse sociale, inteso come interesse comune dei soci.

In sintesi, esistono univoci indici normativi che danno la giustificazione sia del principio di maggioranza sia del l'attribuzione di poteri di autotutela incidenti sulla disciplina societaria riservati soltanto a minoranze "qualificate", da cui si deduce il collegamento fra esercizio del voto e perseguimento dell'interesse del gruppo sociale. Nello stesso tempo, la libertà di espressione del voto comporta che la valutazione dell'interesse comune possa esercitarsi dall'angolo visuale dell'interesse del votante; e che vi è comunque nella vita associativa una gamma di interessi individuali compatibili con l'interesse comune che possono essere lecitamente realizzati insieme ad esso.

Anche il perseguimento attraverso il voto da parte del socio di un interesse personale e non indirizzato a realizzare l'interesse sociale, pur esorbitando dalla funzione tipica del voto, non è, di per sé, illegittimo; ma per la sua "atipicità" è atto soggetto al controllo di meritevolezza e se, dal suo contenuto, risulta in contrasto col canone di buona fede, costituisce abuso del diritto di voto, incorre in nullità e, se determinante, induce nullità della delibera.

Parafrasando ora l'espressione della Bigliazzi-Geri (a proposito della libertà di recesso dalle trattative precontrattuali di ciascuna parte ma della responsabilità in cui il recedente può incorrere) può affermarsi che, accanto alla libertà di ciascun socio di valutare attraverso il voto l'interesse comune da perseguire e il modo migliore per realizzarlo, sta l'interesse legittimo degli altri soci a che quella libertà, quel potere discrezionale sia, in primo luogo, esercitato in conformità alla funzione economico-sociale (la causa tipica) per la quale quella libertà, quel potere sono riconosciuti e conferiti dall'ordinamento. Se tale correlazione viene a mancare (come quando il socio persegue soltanto il proprio interesse particolare) allora la "norma privata" introdotta attraverso l'atto negoziale unilaterale è sottoposta al vaglio di meritevolezza degli interessi che essa va a realizzare. Difficile dubitare della non conformità a buona fede di un regolamento di interessi che, nel suo contenuto, è volto unicamente ad ottenere un vantaggio particolare per il socio di maggioranza con correlativo depauperamento di quello o di quelli di minoranza.

La "non meritevolezza" del contenuto di una deliberazione incongruente con la causa tipica dell'atto equivale ad illiceità dell'oggetto della delibera che ancora oggi determina la nullità della deliberazione ai sensi dell'art. 2479.

Riesce in un certo senso confermata la tesi (presente fin dai risalenti indirizzi giurisprudenziali) sintetizzata nella formula secondo cui resta sanzionata la delibera caratterizzata dall'unica "finalità fraudolenta". Anche se si tratta di formulazione semplificata e semplificante che si presta a indurre in fraintendimento laddove utilizza la medesima espressione adoperata comunemente per identificare il cosiddetto negozio in frode alla legge (art. 1344). In quel caso la terminologia è correttamente adoperata perché è diretta a descrivere proprio il carattere individuativo della fattispecie di "elusione" di "norme imperative" ma non estendibile all'abuso di maggioranza, salvo accettare la assai controversa ascrizione della "regola del caso" traibile dalla clausola generale di buona fede a norma imperativa ex art. 1418 primo comma, come è dato argomentare dalle ricordate pronunce della Corte costituzionale. Il richiamo all'art. 1344 presenta però l'occasione per sottolineare prima di tutto la conferma testuale della rilevanza ermeneutica della giustapposizione e confronto tra causa tipica e "causa concreta". L'art. 1344, a ben vedere, non descrive un istituto ma enuncia, a sua volta, una clausola generale di "chiusura" del sistema. Il richiamo espresso alla rilevanza causale del cosiddetto atto-mezzo (o più spesso di contratti collegati) che produce il risultato vietato mostra come sia il legislatore stesso a far uso della concezione della causa come "causa concreta" dato che l'atto-mezzo (come riconosce lo stesso Roppo) è normalmente costituito da "contratti tipici"<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 409 e ss.

Anche se i confronti comparatistici – se non condotti entro uno studio rigoroso e rispettoso della specificità e della tradizione degli ordinamenti messi a confronto, possono essere adoperati anche solo per trovare una semplice indicazione fondata su un rapido escursus – nelle concezioni dottrinali di abuso del diritto, mi è parso pertinente all'impostazione data nel presente contributo l'indicazione che si trae in Francia dagli studi di Josserand<sup>71</sup>. Ivi si assume che una teoria onnicomprensiva dell'abuso del diritto deve fondarsi, anzitutto sul riconoscimento della funzione sociale immanente a ciascun diritto soggettivo, e sulla loro differenziazione in base a tale criterio. Sono state così individuate 3 categorie in tal modo distinte:

- i droits discrétionaires;
- i droits pouvoir;
- i droits fonction.

I primi totalmente liberi nel loro esercizio; i secondi estesi a coprire tutti gli atti (che non siano diretti soltanto a nuocere) posti in essere per soddisfare il fine per il quale il diritto viene riconosciuto; i terzi vincolati nell'esercizio che deve necessariamente mirare al bene di un altro soggetto (come nei casi dell'esercizio della potestà genitoriale o in genere dell'etero gestione). Alla stregua di tale impostazione e in base alla connotazione specifica dell'ordinamento delle società di capitali, qualora se ne assuma il carattere di tipo "istituzionalistico", anche il diritto di voto in assemblea andrà a configurarsi come droit-fonction (come nell'originaria concezione di Carnelutti sopra ricordata), con la conseguenza della illiceità della causa del voto e dunque della conseguente nullità del voto (e della delibera se questo è stato determinante).

Se invece si assume l'impostazione qui espressa (e sostanzialmente conforme agli orientamenti dell'attuale indirizzo dottrinale giurisprudenziale italiano) il potere di voto appare espressione di "droit pouvoir" orientato così ad un fine predeterminato ma nella libera determinazione dei mezzi più graditi per perseguirlo; con la conseguenza che la delibera può anche distaccarsi dal fine tipico purché sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

## 11. Il controllo giudiziario

Infine è dovuto un chiarimento circa l'enunciazione del caso "paradigmatico" sul quale ci siamo intrattenuti in questo paragrafo. Ivi abbiamo premesso che "è certo" lo scarto tra la causa tipica del voto assembleare, finalizzato alla ricerca dell'interesse sociale e la causa concreta di un voto che prescinde dall'interesse comune dei soci e porta all'approvazione di un aumento del capitale del tutto "inutile" e che è diretto soltanto a far ottenere al socio di maggioranza un proprio individuale vantaggio raggiunto in danno di altro socio.

<sup>71</sup> In particolare espressa nell'opera *De l'esprit des droits et leur relativité*, Paris, 1939.

È chiaro che la “certezza” che così stanno le cose e, in particolare, che l'aumento di capitale non abbia alcuna giustificazione riferibile all'interesse sociale, deriva da una sola cosa: che quel dato – come avviene nei teoremi di geometria – è quello assunto come “ipotesi” su cui condurre il ragionamento; e non ha alcun legame con situazioni concrete (è vero, ma è vero solo “per ipotesi”). Nella realtà almeno una delle premesse – e cioè quella che la delibera di aumento di capitale non trovi giustificazione nel perseguimento dell'interesse sociale pure inteso come interesse comune dei soci – non sarà incontrovertibile. Il suo accertamento, nel caso concreto, appare necessario per rispondere al criterio che si debba fondare sulla obiettiva rilevanza dell'abuso. Il problema dunque si sposta sulla valutazione relativa all'esistenza di situazioni economiche o finanziarie o di tipo aziendale che giustifichino un conferimento dei soci. Non ci si nasconde che dietro questo genere di valutazione si possa prospettare il pericolo dell'arbitrio giudiziale; o addirittura della attribuzione all'interprete della valutazione e individuazione dell'interesse sociale in luogo o in correzione di quelle espresse con l'atto di autonomia. Si tratta però di una tipologia di valutazione che il legislatore stesso non ha esitato ad attribuire al giudice-terzo sulla base di un'altra clausola generale: quella di ragionevolezza.

Ci si riferisce all'art. 2467 c.c. in cui, dovendosi distinguere il regime del finanziamento dei soci alla società (cosiddetti finanziamenti in conto capitale) da quello che consegue ad un ordinario rapporto di mutuo sancendosi nel primo caso la regola della postergazione e dell'obbligo di restituzione del rimborso avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento si fa ricorso alla clausola di ragionevolezza. Si prevede così che sono da intendersi come finanziamenti dei soci in conto capitale quelli, “in qualsiasi forma effettuati”, avvenuti “in una situazione finanziaria della società, nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”. La stessa regola è estesa (*ex art. 2497-quinquies*) ai finanziamenti effettuati dalla società madre nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento verso altra società del gruppo.

Si tratta certamente di un accertamento delicatissimo e dai rilevanti effetti pratici in quanto il giudizio sulla ragionevolezza dell'aumento di capitale nella concreta situazione rende il credito per la restituzione del finanziamento accordato alla società come credito subordinato e per questo in molti casi inesigibile. La delicatezza e la stessa difficoltà per il soggetto-terzo di formulare il giudizio non sta a significare che il giudizio in questi casi confini con l'arbitrio. Il giudizio però, per essere attendibile, richiede che il giudicante – giudice statale o arbitro nella giustizia privata – possieda una professionalità specifica, una preparazione adeguata. Di qui, con riferimento al giudice dello Stato, l'esigenza di specializzazione. Di una professionalità che non può essere indistintamente riferita alla totalità dell'umana esperienza ma quantomeno ad aree ben circoscritte di essa.

Il giudice, ma più in generale l'interprete, in tali casi non è neanche per finzione il passivo ripetitore di una volontà che si vuole o si vuol far credere compiutamente espressa dal legislatore. L'interprete partecipa alla determinazione del concetto e così alla definizione della regola. Si può dire che è l'ordinamento a fare una delega all'interprete; ma una delega siffatta non è una delega di potere; è una delega tecnica o meglio una attribuzione di potere a “legittimazione tecnica”. Questa è l'espressione adoperata da Fabio Merusi, “si parva licet componere magnis”, per dare una giustificazione al pur amplissimo spazio di potere anche

politico e di politica economica che l'ordinamento attribuisce ad un singolo soggetto privo di investitura popolare: il governatore della Banca centrale. Una siffatta legittimazione non si alimenta della sola indipendenza del giudice e della sua capacità di raccordatore di norme, di derivare cioè dalla norma generale ed astratta (singolarmente individuata o derivata dal "sistema") la *lex particularis* che vale come regola iuris che definisce il caso concreto.

Come è stato rilevato da Renato Rordorf, in via di esemplificazione, "non è possibile stabilire se è stato o meno rispettato il principio di chiarezza nella redazione di un bilancio di società per azioni, oppure se vi sia stata o meno violazione dell'obbligo di correttezza da parte di un intermediario operante in derivati finanziari, se non si abbia conoscenza delle tecniche espositive proprie dei bilanci di imprese o delle modalità di finanziamento del mercato dei derivati". La delega che è contenuta nella normazione per clausole generali non va né enfatizzata, quasi fosse delega politica, né repressa, quasi che possa prescindere dalla sperimentata conoscenza della realtà su cui la regola va specificata o va concretizzata. Anche in un regime di ragionevole attuazione della specializzazione del giudice (come è stato realizzato con la costituzione del Tribunale dell'Impresa) non potrà prescindersi, in problematiche come quelle aperte dall'art. 2467 dal ricorso alla consulenza tecnica. In ogni caso sembra raccomandabile che nelle controversie tecnicamente complesse e che comportano la concretizzazione di clausole generali per il tramite di valutazione e accertamenti tecnici che vanno ben oltre la professionalità esigibile dall'uomo di legge in quanto tale, si faccia larga applicazione della norma contenuta all'art. 197 del codice di rito previgente che consente dopo l'esperimento della consulenza tecnica anche l'audizione del consulente in camera di consiglio alla presenza delle parti e in contraddittorio con i difensori delle stesse.

## ABSTRACT

L'Autore, alla luce dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul principio di buona fede e correttezza e sul tema del cosiddetto abuso del diritto in diritto civile – anche attraverso la prospettata assimilabilità concettuale fra l'abuso del diritto e l'eccesso di potere (come vizio di legittimità) nel diritto amministrativo, in presenza, in entrambi i casi, di una situazione di soggezione di un soggetto all'esercizio di un potere spettante ad altro soggetto e della configurabilità di situazioni di interesse legittimo a che l'esercizio del potere non ecceda dai suoi limiti funzionali – propone ipotesi di soluzione conseguenti a problematiche emerse nell'ambito del diritto societario.

The Author, in the light of the doctrinal and jurisprudential elaboration on the principle of good faith and correctness and on the theme of the so-called abuse of the right in civil law – also through the proposed conceptual assimilation between the abuse of the right and the excess of power (as a defect of legitimacy) in administrative law, in the presence, in both cases, of a situation of subjection of a subject to the exercise of a power pertaining to another subject and of the configurability of situations of legitimate interest in which the exercise of the power does not exceed its functional limits – proposes solution hypotheses resulting from problems that have arisen in the field of company law.



### Espropriazione non eseguita e situazioni possessorie, tra fisiologia e patologia nel comportamento dei soggetti coinvolti



Riccardo Omodei Salè

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione: Cass., s.u., 12 gennaio 2023, n. 651. – **2.** Le situazioni possessorie in cui dovrebbero fisiologicamente collocarsi, in seguito al decreto di esproprio non (ancora) eseguito, i soggetti coinvolti: possesso mediato dell'espropriante. – **3.** (*segue*) e detenzione tollerata dell'espropriato. – **4.** Le evenienze patologiche suscettibili di condurre ad un diverso inquadramento delle situazioni possessorie considerate: l'inerzia dell'espropriante e l'atto di opposizione dell'espropriato; postilla sull'asserita indisponibilità del bene oggetto di provvedimento espropriativo. – **5.** Brevi considerazioni con riferimento alla normativa di cui al d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327.

#### 1. Introduzione: Cass., s.u., 12 gennaio 2023, n. 651

Con la recente pronuncia del 12 gennaio 2023, n. 651<sup>1</sup>, le sezioni unite della Cassazione hanno affrontato la questione riguardante la qualifica possessoria dei soggetti coinvolti in un'espropriazione non eseguita, vale a dire un'espropriazione in cui, al decreto di esproprio per pubblica utilità, non sia seguita l'occupazione del bene da parte dell'espropriante, essendo l'immobile espropriato rimasto nella materiale disponibilità dell'originario proprietario.

Su tale questione – come noto – si sono formati, negli ultimi decenni, due opposti orientamenti, i quali hanno dato vita ad un contrasto giurisprudenziale che l'ordinan-

<sup>1</sup> Pubblicata in *Foro it.*, 2023, I, 739, con note di CALDORO, BARILÀ, OMODEI SALÈ, e NASINI; in *Giur. it.*, 2023, 1257, con note di QUARTA e AMENDOLAGINE.

za interlocutoria del 22 giugno 2022, n. 19758<sup>2</sup> ha sollecitato le sezioni unite a risolvere, chiarendo, in particolare, se, in tal caso, si verifichi in modo automatico il trasferimento del possesso in favore dell'ente espropriante, rimanendo in capo all'occupante la mera detenzione, o se, invece, il possesso continui a permanere in capo all'occupante, con la possibilità di riacquistare il diritto di proprietà sul bene mediante usucapione.

Le sezioni unite, collocandosi nella criticabile prospettiva soggettiva del possesso, basata sul c.d. *animus possidendi*<sup>3</sup>, hanno, in sintesi, statuito che l'espropriante andrebbe qualificato come possessore del bene, mentre l'espropriato degraderebbe a mero detentore.

Nel corso del presente saggio, muovendo, viceversa, dalla preferibile impostazione oggettiva della problematica possessoria, facente leva sul titolo sottostante al potere esercitato sul bene<sup>4</sup>, si proporrà una ricostruzione differenziata delle situazioni possessorie di cui si tratta, a seconda che, pur non essendo stata l'espropriazione (ancora) eseguita, i soggetti coinvolti comunque mantengano nei confronti del bene un atteggiamento non contrastante con le finalità pubbliche sottese all'emanato provvedimento di esproprio (ipotesi che si potrebbe, pertanto, definire *fisiologica*)<sup>5</sup>, oppure, al contrario, non si comportino nel modo indicato (ipotesi che si potrebbe, viceversa, qualificare come *patologica*)<sup>6</sup>.

Dal momento che, alla fattispecie posta al vaglio delle sezioni unite, era *ratione temporis* applicabile la previgente l. 25 giugno 1865, n. 2359, l'indagine verrà essenzialmente condotta con riguardo a tale disciplina, mentre all'attuale normativa di cui al d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 saranno riservate alcune brevi considerazioni finali.

## **2. Le situazioni possessorie in cui dovrebbero fisiologicamente collocarsi, in seguito al decreto di esproprio non (ancora) eseguito, i soggetti coinvolti: possesso mediato dell'espropriante**

Iniziamo, dunque, con il considerare le situazioni possessorie in cui dovrebbero *fisiologicamente* collocarsi, in seguito al decreto di esproprio non (ancora) eseguito, i soggetti coinvolti. Ebbene, volendo affrontare la questione mediante il ricorso al criterio che si è reputato preferibile adottare al fine di distinguere il possesso dalla detenzione, e così muovendo dall'analisi del titolo sottostante alla vicenda espropriativa, sembrerebbe doversi ritenere che, successivamente al decreto di esproprio che ha determinato il tra-

<sup>2</sup> Pubblicata in *Giur. it.*, 2022, 2071, con nota di CATERINA.

<sup>3</sup> Cfr., per l'esame dei principali profili critici, OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012, 45 ss.

<sup>4</sup> Sia consentito, al riguardo, rinviare ancora a OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., 56 ss.

<sup>5</sup> V. *infra*, par. 2 e 3.

<sup>6</sup> V. *infra*, par. 4.



sferimento della proprietà in favore dell'espropriante (cfr. art. 50 l. n. 2359/1865), l'espropriato che abbia conservato la disponibilità di fatto dell'immobile – come si dirà meglio anche nel par. successivo – non possa più essere considerato (quanto meno tipicamente) esercitare sul medesimo un potere corrispondente al diritto di proprietà. Cosicché occorrerebbe intendere che il possesso piuttosto si instauri, sia pure in via mediata (cfr. art. 1140, 2° co., c.c.), in capo all'espropriante diventato proprietario: tale soggetto, infatti, malgrado non sia ancora entrato in contatto fisico con il bene, nondimeno può, come sottolineato anche dalle sezioni unite, in ogni momento ripristinare la relazione fattuale con il bene stesso e pretenderne il rilascio da parte dell'espropriato o di eventuali terzi occupanti<sup>7</sup>.

Quanto testé rilevato permette, quindi, di affermare che una qualche forma di potere effettivo sulla *res* è comunque riconoscibile in capo all'espropriante, sebbene quest'ultimo non sia ancora entrato in relazione materiale con la medesima, e che al provvedimento ablativo può essere, in particolare, riconosciuto (anche) l'effetto di configurare la posizione di potere dell'espropriante sul bene come *sovraordinata* rispetto a quella dell'espropriato che ne abbia conservato la disponibilità di fatto.

Sotto il profilo in esame, la vicenda di cui si tratta sembrerebbe, pertanto, poter essere assimilata a quella che si viene a creare in virtù del costituito possessorio implicito nei contratti traslativi della proprietà<sup>8</sup>. Ben si intende, naturalmente, che l'espropriazione per pubblica utilità non potrebbe contenere in sé un *accordo* implicito sul "trasferimento" del possesso, posto che il diritto di proprietà viene acquistato dall'espropriante contro la volontà dell'espropriato<sup>9</sup>, ma tale circostanza – diversamente da quanto reputato dalle sezioni unite, che hanno respinto l'anzidetta assimilazione<sup>10</sup> – non sembra impedire di ritenere che l'acquisto del possesso da parte dell'espropriante avvenga, anziché per accordo tra le parti, per «*volontà impositiva statale*»<sup>11</sup>, trattandosi, in sostanza,

<sup>7</sup> V. punto 8.1 della motivazione. Le sezioni unite, con terminologia tipica dell'impostazione soggettiva, hanno qualificato l'espropriante come «possessore *solo animo*», sul presupposto che il *corpus*, ovvero la relazione materiale con il bene, si trova in capo all'espropriato. Tale espressione non implica, però, che l'espropriante non abbia una signoria effettiva sulla cosa (invero ammessa anche dalla sentenza in esame), signoria che si rivela, infatti, necessaria anche ai fini della configurabilità del possesso mediato (v., più approfonditamente, OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., 9 ss.).

<sup>8</sup> Per la configurabilità di un costituito possessorio implicito nella compravendita, sia consentito rinviare a OMODEI SALÈ, *A proposito di talune ricorrenti massime giurisprudenziali in materia possessoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1015 ss., ove una ricostruzione di tale figura volta a valorizzare gli elementi oggettivi collegati al titolo (e v. anche, *ivi*, ulteriori citazioni di dottrina e giurisprudenza, rispettivamente favorevoli e contrarie alla configurabilità di un costituito possessorio implicito).

<sup>9</sup> V., in tal senso, Cass., 22 aprile 2000, n. 5293.

<sup>10</sup> V. punto 11.1 della motivazione. Nel senso per cui qualsiasi richiamo al costituito possessorio implicito risulterebbe «poco pertinente», cfr. anche CATERINA, *Espropriazione non eseguita e situazioni possessorie*, in *Giur. it.*, 2022, 2074.

<sup>11</sup> Cfr., per una simile espressione, Cass., 20 dicembre 1988, n. 6966. Sarebbe, quindi, «l'onnipotenza della P.A. [che] le consente di acquistare, oltre i diritti, anche le situazioni possessorie,

di ammettere che, nel trasferimento coattivo della proprietà<sup>12</sup>, sarebbe normalmente (o logicamente) implicito, alla luce di quanto poco sopra osservato, anche un “trasferimento” coattivo del possesso (mediato). Volendo, infatti, richiamare, con gli adattamenti necessari in relazione alla fattispecie che qui interessa, quanto autorevolmente affermato a proposito dell’ammissibilità di un costituito possessorio implicito nella compravendita, «se è vero che il possesso “è il potere di fatto sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà ecc.” (art. 1140 c.c.), c’è da chiedersi che senso avrebbe una [espropriazione per pubblica utilità, che è modo coattivo di trasferimento della proprietà], in cui [l’espropriato] può mantenere il possesso, e cioè un potere di fatto analogo a quello (la proprietà) che è stato [coattivamente] trasferito»<sup>13</sup>.

Occorre, peraltro, ricordare come, in senso critico rispetto all’idea secondo cui il possesso si costituirebbe in capo all’espropriante in virtù del (solo) provvedimento ablativo, sia stato, altresì, osservato che la l. n. 2359/1865 manterrebbe pur sempre distinti i due momenti, rispettivamente, dell’acquisto della proprietà, conseguente al decreto di esproprio (v. art. 50), e dell’acquisizione del possesso, che avrebbe luogo con l’occupazione dell’immobile autorizzata dal prefetto (cfr. art. 48, come modificato dalla l. 20

---

per effetto della parola» (così SACCO, CATERINA, *Il possesso*, 3a ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, 200). Si tratterebbe di un’evenienza certamente peculiare, ma non tale da essere considerata inammissibile: il provvedimento espropriativo non varrebbe, infatti, ad assegnare all’espropriante l’elemento *materiale* del possesso, facente, in realtà, difetto (risultato che non sarebbe, invero, alla portata nemmeno della p.a.), bensì una posizione di *signoria* sul bene, suscettibile di dare vita – come si è già accennato e si dirà meglio alla fine di questo paragrafo – ad una situazione di possesso mediato.

<sup>12</sup> Benché risulti dibattuto se l’acquisto del diritto da parte dell’espropriante avvenga a titolo derivativo (come ritenuto, ad esempio, da LANDI, *Espropriazione per p.u. (principi generali)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 833) oppure a titolo originario (come affermato, invece, dalle sezioni unite nella pronuncia in esame), sembra potersi concordare con quanti hanno affermato che «effetto privativo ed effetto acquisitivo [...] sono circolarmente l’uno conseguenza dell’altro, con una vicenda del tutto analoga a quella che si verifica nel trasferimento di un diritto causato da una compravendita, sicché non sembra che il provvedimento [espropriativo], quanto al profilo degli effetti, possa dirsi caratterizzato principalmente o comunque separatamente in senso privativo ovvero in senso acquisitivo» (così SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 198).

<sup>13</sup> Cfr., in questi termini, FERRI, *La vendita – Le obbligazioni del venditore e del compratore*, in *Tratt. Rescigno*, II, III, 2a ed., Torino, 2000, 537.

Naturalmente, sempre in maniera analoga a quanto vale per il costituito possessorio implicito nella compravendita, anche in relazione al decreto di esproprio occorre sottolineare come, nella prospettiva dello svolgimento fisiologico della vicenda ablativa in cui ci stiamo ora muovendo, tanto l’espropriante quanto l’espropriato debbano, poi, effettivamente comportarsi, rispettivamente, da possessore e (come si dirà nel par. successivo) da detentore del bene. Diversamente, potranno configurarsi le evenienze patologiche cui si è accennato all’inizio (v. *supra*, par. 1), le quali comportano, come si vedrà, una differente qualifica possessoria delle situazioni di cui si tratta (v., *amplius*, *infra*, par. 4).

marzo 1968, n. 391<sup>14</sup>. Sennonché, anche siffatta obiezione sembra poter essere superata, evidenziando come l'occupazione appaia, in realtà, diretta a fare ottenere all'espropriante il possesso *immediato* (o materiale) del bene, fermo restando che, alla luce di quanto in precedenza rilevato, il possesso mediato dovrebbe intendersi già acquisito per effetto della pronuncia di esproprio<sup>15</sup>.

E proprio la circostanza che si tratti di acquisto, da parte dell'espropriante, del possesso mediato, ovvero di un possesso che, per definizione, non postula il contatto materiale diretto con il bene, dovrebbe condurre a reputare che non sia, allora, del tutto appropriato richiamare, in senso contrario all'opinione sin qui accolta<sup>16</sup>, il tradizionale orientamento secondo cui, ai fini dell'acquisto del potere di fatto, occorrerebbe un atto di ingerenza che, nella fase iniziale, dovrebbe necessariamente consistere in un comportamento materiale e commissivo, non risultando sufficiente la mera possibilità di ingerirsi nel bene<sup>17</sup>. Per un verso, infatti, il principio alla base dell'orientamento testé ricordato appare propriamente attagliarsi all'acquisto del possesso immediato, in quanto coerente con la materialità dell'esercizio del potere di fatto sulla cosa, mentre quel principio non potrebbe essere applicato con lo stesso rigore all'acquisto del possesso mediato, il quale, prescindendo, invece, dall'anzidetta materialità, dovrebbe intendersi instaurato tutte le volte in cui si configuri una signoria effettiva (ancorché non materiale) sulla *res*, che è, appunto, quanto si è poc'anzi rilevato avvenire in seguito al decreto di esproprio. Per altro verso, il possesso mediato dell'espropriante comunque non sembra esaurirsi nella mera possibilità di ingerirsi nel bene assicurata dal provvedimento ablativo: anticipando, infatti, quanto si preciserà nel paragrafo seguente, va rimarcato che, sottostante alla perdurante disponibilità dell'immobile da parte dell'espropriato, vi è di regola la tolleranza dell'espropriante, la quale, costituendo pur sempre un modo di esercizio del diritto di proprietà<sup>18</sup>, dovrebbe conseguentemente integrare la necessaria manifestazione attuativa del potere esercitato sul bene dall'espropriante medesimo.

<sup>14</sup> V. Cass., 14 novembre 2013, n. 25594; Cass., 14 marzo 2014, n. 5966. Cfr. anche QUARTA, *Effetti del decreto di esproprio e situazioni possessorie. L'ultima parola della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2023, 1261.

<sup>15</sup> Cfr., similmente, Cass., 11 giugno 2007, n. 13669; Cass., 21 marzo 2014, n. 6742. L'osservazione effettuata nel testo consente, pertanto, di escludere che, ammettendosi il "trasferimento" coattivo del possesso implicito nel decreto di esproprio, l'occupazione del bene finisca, poi, per rimanere sostanzialmente svuotata di contenuto.

<sup>16</sup> Come si legge, ad esempio, in CALDORO, *Sulla circolazione del possesso nelle espropriazioni per pubblico interesse non eseguite*, in *Foro it.*, I, 2023, 755 s.

<sup>17</sup> Si vedano, per tutti, SACCO, CATERINA, *Il possesso*, cit., 71.

<sup>18</sup> Cfr. SICCHIERO, *Tolleranza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 377.

### 3. (segue) e detenzione tollerata dell'espropriato

Passando, a questo punto, a considerare la situazione possessoria dell'espropriato il quale conservi la disponibilità di fatto dell'immobile, la circostanza di avere nel precedente paragrafo ritenuto che il possesso normalmente si instauri in capo all'espropriante dovrebbe, già di per sé, condurre ad escludere che l'espropriato possa, di regola, intendersi continuare ad esercitare un possesso *uti dominus* sul medesimo bene<sup>19</sup>. D'altronde, non pare che sia realmente configurabile, quale situazione *fisiologica* conseguente alla pronuncia di esproprio, la permanenza, in capo all'espropriato, di una fattispecie possessoria "forte", come tale assistita da tutela interdittale piena ed *erga omnes*, che potrebbe, di fatto, impedire all'espropriante di disporre pienamente del bene per la realizzazione dell'opera pubblica a cui l'espropriazione è preordinata<sup>20</sup>. Sembra, pertanto, condivisi-

<sup>19</sup> La circostanza che (come già accennato e si ribadirà subito nel testo) oggetto di analisi siano, nel par. in esame come in quello precedente, le situazioni possessorie che dovrebbero fisiologicamente conseguire al provvedimento di esproprio, dovrebbe, invero, condurre a ritenere inconferente quanto al riguardo affermato da NASINI, *Possesso, usucapione, procedimento espropriativo e l'insopprimibile esigenza di «specialità»*, in *Foro it.*, I, 2023, c. 770, secondo cui «il fatto che la pubblica amministrazione abbia acquistato un possesso *solo animo* – per la particolare rilevanza giuridica data all'immissione nel possesso nella procedura espropriativa – [non] esclude necessariamente il possesso del privato, come il possesso conseguito dal ladro non fa venir meno quello (divenuto, di fatto, *solo animo*) del proprietario, che quindi può agire a tutela non solo del diritto di proprietà, ma anche del suo possesso». Come si è, infatti, più volte rilevato, anche a nostro avviso sono eventualmente configurabili situazioni, peraltro patologiche, in cui il soggetto espropriato va qualificato come possessore del bene: in quelle ipotesi, tuttavia, il possesso mediato della p.a. nemmeno sorge (v. *infra*, par. 4, *sub i*), ovvero viene successivamente meno (v. *infra*, par. 4, *sub ii*), salvo, in tal caso, poter essere recuperato mediante l'azione di spoglio.

<sup>20</sup> V., in proposito, anche il punto 8.1 della motivazione: «non è possibile qualificare in termini di possesso la relazione fattuale dell'espropriato (occupante) con il bene, non essendogli concesso di proporre le azioni possessorie a tutela della pienezza del godimento del bene stesso o per contrastare le legittime (e doverose) attività appropriative poste in essere dall'amministrazione in conseguenza dell'espropriazione». In termini critici rispetto a simili affermazioni delle sezioni unite, si è obiettato che non sarebbe, in realtà, corretto desumere, dalla preclusione della possibilità di agire in via possessoria contro la p.a., l'impossibilità di definire l'espropriato come possessore, anche in considerazione del fatto che la tutela interdittale potrebbe comunque sussistere nei confronti dei terzi (cfr., in questo senso, CALDORO, *Sulla circolazione del possesso nelle espropriazioni per pubblico interesse non eseguite*, cit., 754; QUARTA, *Effetti del decreto di esproprio e situazioni possessorie. L'ultima parola della Cassazione*, cit., 1261). A tali rilievi si può, tuttavia, replicare ricordando quanto osservato da autorevole dottrina a proposito dei limiti all'esercizio della tutela possessoria nei confronti della p.a.: «sarà vero che il giudice ordinario deve arrendersi di fronte all'atto amministrativo, e che perciò non può accogliere l'istanza del possessore spogliato dalla pubblica amministrazione [cfr. art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, che ha abolito il contenzioso amministrativo]; ma una spiegazione più completa si può svolgere dicendo che l'atto amministrativo elide la difesa proprietaria, e l'elisione della difesa proprietaria causa la – o meglio, è tutt'uno con la – elisione della difesa possessoria, e dello stesso possesso» (così SACCO, *Il possesso*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 1988, 271 s.). Si intende, poi, che, operando l'estinzione della difesa proprietaria *erga omnes*, lo stesso dovrebbe va-

bile l'affermazione delle sezioni unite, secondo cui l'estinzione automatica, in seguito al provvedimento di esproprio, di tutti i diritti e le azioni, reali o personali, riguardanti il bene espropriato (cfr. art. 52 l. n. 2359/1865, nonché art. 25 d.p.r. n. 327/2001) comprenderebbe anche lo *ius possessionis* tipico delle situazioni possessorie<sup>21</sup>. Non si potrebbe, invero, in senso contrario obiettare che il menzionato effetto estintivo si riferirebbe soltanto alle situazioni di diritto, e non (anche) alle situazioni di fatto<sup>22</sup>: benché, infatti, non sia espressamente prevista, l'estinzione (anche) delle precedenti situazioni possessorie, con conseguente diniego della tutela interdittale, risulta comunque in linea con la *ratio* sottostante alle suddette previsioni, e cioè con l'esigenza – cui si è poc'anzi accennato – di evitare che il bene, fin dal momento dell'intervenuta espropriazione, possa essere oggetto di pretese (anche di natura possessoria) da parte di privati, che potrebbero diversamente ostacolare la realizzazione degli scopi di pubblico interesse che l'espropriazione persegue<sup>23</sup>.

Escluso, dunque, che, in capo all'espropriato, possa di regola sopravvivere un possesso *uti dominus*, ne consegue che la relazione fattuale dal medesimo intrattenuta con il bene non potrebbe essere inquadrata (quanto meno tipicamente) che alla stregua di semplice detenzione. Ad analoga conclusione sono, infatti, giunte pure le sezioni unite, peraltro muovendosi – come si è accennato all'inizio – nella prospettiva soggettiva, e così ritenendo che «la notifica o la conoscenza effettiva del decreto comportano la perdita

---

lere, stante la cennata specularità, pure per la difesa possessoria, considerato anche come il nostro ordinamento non sembri ammettere una tutela possessoria di carattere relativo, esercitabile, cioè, nei soli confronti di determinate categorie di soggetti (cfr., a quest'ultimo riguardo, TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, XIV, Torino, 1996, 20).

<sup>21</sup> V., ancora, punto 8.1 della motivazione. Nello stesso senso, cfr. già Cass., 11 giugno 2007, n. 13669, cit.; Cass., 21 marzo 2014, n. 6742, cit. In dottrina, v. MONTEL, *Il possesso*, 2a ed., in *Tratt. Vassalli*, V, 4, Torino, 1962, 456 e nt. 3, ove viene richiamato pure il risalente precedente di Pret. S. Giovanni in Fiore, 28 aprile 1952, secondo cui, «allorquando l'articolo [52 l. n. 2359/1865] esclude tutte le azioni esperibili sui fondi soggetti ad espropriazione, ha inteso in modo inequivoco riferirsi a qualunque azione, per qualsiasi diritto che al terzo potesse derivare [...], anche e maggiormente in sede possessoria» (nel caso di specie, il giudice aveva escluso la proponibilità dell'azione di reintegra proposta dalla cooperativa di coltivatori diretti, che gestiva i terreni, contro l'Ente di riforma agraria che, in seguito al decreto presidenziale di trasferimento in proprietà, provvedeva all'aratura dei terreni).

<sup>22</sup> V., in questo senso, Cass., 14 novembre 2013, n. 25594, cit.; Cass., 14 marzo 2014, n. 5966, cit. Cfr. anche NASINI, *Possesso, usucapione, procedimento espropriativo e l'insopprimibile esigenza di «specialità»*, cit., 768, ad avviso del quale «appare [...] eccessivamente forzata e ampia l'interpretazione e l'applicazione data alla norma» dalle sezioni unite, anche alla luce del fatto che la normativa richiamata «concerne i diritti "reali e personali", e lo *ius possessionis* non sembra perfettamente rientrare nelle categorie citate».

<sup>23</sup> Nel senso per cui l'effetto estintivo contemplato dalle previsioni ricordate nel testo costituirebbe «un effetto particolare ed ulteriore [rispetto al trasferimento coattivo della proprietà], che il legislatore ha voluto perché del diritto trasferito l'espropriante possa avvalersi allo scopo di raggiungere il fine d'interesse generale, senza incontrare ostacoli da parte di terzi», v. LANDI, *Espropriazione per p.u. (principi generali)*, cit., 832.

dell'*animus possidendi* in capo al precedente proprietario». Ma una simile motivazione non sembra poter essere accolta nemmeno volendo, in ipotesi, aderire alla predetta impostazione tradizionale, in quanto, se è vero che l'espropriato rimasto nella disponibilità dell'immobile è consapevole di non essere più proprietario, altrettanto vero è che la convinzione di essere proprietario non è certo necessaria affinché ricorra l'*animus possidendi*, potendo il possessore essere anche di mala fede (arg. ex art. 1147 c.c.)<sup>24</sup>. E questo senza contare che, lì dove nella disponibilità del bene venga a trovarsi un soggetto diverso dal proprietario al quale il decreto è stato notificato, che potrebbe, pertanto, non essere a conoscenza dell'avvenuta espropriazione, il predetto mutamento di *animus* neppure sarebbe configurabile<sup>25</sup>.

Volendo, invece, muovere dalla preferibile concezione oggettiva, per potere affermare la sussistenza di una situazione di detenzione, occorrerebbe accertare se, sottostante al potere di fatto esercitato sul bene dall'espropriato, esista un titolo tale da qualificare il medesimo, *a contrario* rispetto a quanto previsto nell'art. 1140, 1° co., c.c., come *non* «corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale»<sup>26</sup>. Ebbene, secondo alcuni, una simile indagine, data la rilevata assenza, tra espropriante ed espropriato, di qualsivoglia rapporto obbligatorio, dovrebbe condurre ad un esito negativo, cosicché l'espropriato non potrebbe, in tale prospettiva, essere qualificato come detentore dell'immobile di cui abbia conservato la disponibilità<sup>27</sup>. Senonché, occorre considerare come il titolo sottostante alla detenzione abbia, in realtà, una portata più ampia rispetto a quella corrispondente all'ambito dei (soli) rapporti obbligatori, la quale si estende fino a ricomprendere anche rapporti di natura extragiuridica, ciò che avviene, in particolare, nell'ipotesi di detenzione per ragioni di ospitalità (cfr. art. 1168, 2° co., c.c.), oppure in presenza di una detenzione fondata sull'altrui tolleranza (arg. ex art. 1144 c.c.)<sup>28</sup>.

Ed è proprio nella tolleranza dell'espropriante che dovrebbe, di regola, individuarsi il titolo della detenzione del bene da parte dell'espropriato<sup>29</sup>. Qualora, infatti, come do-

<sup>24</sup> Per un simile rilievo, v. anche CATAUDELLA, *Variazioni civilistiche brevi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 519.

<sup>25</sup> Cfr., in tal senso, pure CATERINA, *Espropriazione non eseguita e situazioni possessorie*, cit., 2075, il quale ha sottolineato che, nell'ipotesi appena considerata nel testo, «l'idea per cui l'espropriazione determinerebbe il venir meno dell'elemento soggettivo del possesso appare particolarmente problematica», nonché, similmente, PONZÙ DONATO, *Possesso ad usucapionem ed espropriazione*, in *Jus civile*, 2023, 551 ss.

<sup>26</sup> Cfr., in proposito, OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, cit., 56 ss.

<sup>27</sup> Cfr., in questo senso, CATAUDELLA, *Variazioni civilistiche brevi*, cit., 519; DORIA, *Decreto di espropriazione, occupazione d'urgenza e disponibilità del bene: brevi note sui rapporti tra possesso e detenzione*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 140.

<sup>28</sup> Sulla configurabilità di una detenzione per «altrui tolleranza», sia consentito rinviare a OMODEI SALÈ, *Detenzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 377 s.

<sup>29</sup> Un breve cenno all'«assenso implicito (o tolleranza)» dell'espropriante, al fine di giustificare la disponibilità del bene da parte dell'espropriato, viene, invero, effettuato anche dalle sezioni unite (v. punto 11.1 della motivazione).

vrebbe (anche alla luce del principio di buon andamento della p.a.) normalmente avvenire, l'espropriante si limiti a lasciare provvisoriamente l'immobile nella disponibilità dell'espropriato per lo svolgimento di un'attività avente un'incidenza limitata e non contrastante con la programmata destinazione pubblicistica del bene (si pensi, ad esempio, al caso in cui l'espropriato continui ad utilizzare, per la raccolta delle coltivazioni in atto e fino a che non serva all'espropriante, una parte del fondo sul quale deve essere realizzata una strada pubblica), parrebbe doversi ritenere che si tratti, presumibilmente, di un atteggiamento di mera condiscendenza dell'espropriante, in grado di fondare – come accennato – una detenzione tollerata<sup>30</sup>. Non si potrebbe, invero, obiettare che la tolleranza trarrebbe origine (soltanto) da rapporti di familiarità, amicizia o buon vicinato, non ricorrenti nella fattispecie in esame<sup>31</sup>. Benché, infatti, nel senso appena indicato appaia tradizionalmente orientata la giurisprudenza<sup>32</sup>, occorre rilevare come i motivi per tollerare siano, in realtà, numerosi, ben potendo tra questi venire in considerazione anche un interesse proprio del tollerante<sup>33</sup>, quale potrebbe ad esempio essere, in relazione al caso di cui ci stiamo occupando, l'interesse dell'espropriante a contenere, appunto consentendo temporaneamente all'espropriato di continuare ad utilizzare il bene, l'importo dovuto a titolo di indennità<sup>34</sup>. Considerato, poi, che l'espropriante dovrebbe normalmente intendersi essere consapevole del fatto che l'immobile si trova nella disponibilità dell'espropriato, risulterebbe di regola integrato pure il presupposto della conoscenza dell'altrui ingerenza (*scientia domini*), necessario affinché possa configurarsi la fattispecie della tolleranza<sup>35</sup>.

Va da sé che, ricostruita in questi termini, la situazione possessoria in cui si viene a trovare l'espropriato che abbia conservato la disponibilità di fatto del bene finisce per avere una rilevanza piuttosto circoscritta, fondamentalmente consistente – come si vedrà nel paragrafo successivo, *sub ii*) – nella possibilità, per il soggetto tollerato, di acquistare il possesso mediante interversione, ai sensi dell'art. 1140, 2° co., c.c.<sup>36</sup>. Resta, viceversa,

<sup>30</sup> Secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale, gli atti compiuti per altrui tolleranza dovrebbero essere di modesta portata e avere carattere transitorio. Diversamente, in dottrina, si afferma che la tolleranza potrebbe avere ad oggetto anche atti di maggiore consistenza e durata (cfr. SACCO, CATERINA, *Il possesso*, cit., 150).

<sup>31</sup> Cfr., in tal senso, CALDORO, *Sulla circolazione del possesso nelle espropriazioni per pubblico interesse non eseguite*, cit., 757 s.; NASINI, *Possesso, usucapione, procedimento espropriativo e insopprimibile esigenza di «specialità»*, cit., 770.

<sup>32</sup> V., fra molte, Cass., 3 febbraio 1998, n. 1042; Cass., 18 giugno 2001, n. 8194; Cass., 8 giugno 2007, n. 13443.

<sup>33</sup> Cfr., in particolare, SACCO, CATERINA, *Il possesso*, cit., 149.

<sup>34</sup> V., per un cenno a quest'ultima possibilità, MARUOTTI, in CARINGELLA, DE MARZO, DE NICTOLIS, MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2007, 430.

<sup>35</sup> Cfr. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2019, 39 ss. Qualora, invece, dovesse difettare il requisito della *scientia domini*, configurandosi, in tal caso, la mera inerzia del titolare, dovrebbero discenderne le conseguenze illustrate nel par. successivo, *sub i*).

<sup>36</sup> La rilevanza della detenzione per «altrui tolleranza» viene individuata nel profilo appena

senz'altro escluso che la predetta situazione possa essere utile ai fini dell'usucapione, come pure che la stessa sia tutelabile in via interdittale, per analogia con quanto statuito dal legislatore con riferimento al detentore per ragioni di ospitalità (cfr. art. 1168, 2° co., c.c.), atteso il carattere essenzialmente revocabile che presentano sia l'ospitalità sia, *a fortiori*, la tolleranza<sup>37</sup>. Tutto ciò che comunque si rivela – come detto – in linea con le esigenze sottostanti al procedimento di espropriazione che sono state più volte sottolineate.

#### **4. Le evenienze patologiche suscettibili di condurre ad un diverso inquadramento delle situazioni possessorie considerate: l'inerzia dell'espropriante e l'atto di opposizione dell'espropriato; postilla sull'asserita indisponibilità del bene oggetto di provvedimento espropriativo**

Quelle sinora esaminate costituiscono, dunque, le situazioni possessorie in cui dovrebbero fisiologicamente collocarsi i soggetti coinvolti in un'espropriazione non (ancora) eseguita: al possesso mediato dell'espropriante – lo si ripete – dovrebbe corrispondere la detenzione tollerata dell'espropriato rimasto nella disponibilità del bene.

Rispetto al quadro così delineato, occorre, tuttavia, valutare talune evenienze *patologiche* (che sono, come si intuisce, quelle generalmente destinate a sfociare nel contenzioso giudiziario), suscettibili di condurre, nel caso concreto, ad un diverso inquadramento delle predette situazioni.

i) Ed infatti, potrebbe, innanzi tutto, accadere che l'espropriante, invece di tollerare un'attività altrui di modesta portata come quella descritta nel precedente paragrafo, non si opponga ad un'ingerenza dell'espropriato che investa l'immobile nella sua interezza e risulti incompatibile con le finalità pubbliche sottese al provvedimento ablativo (si immagini, ad esempio, un privato che, in seguito al decreto di espropriazione, continui come prima ad abitare all'interno di un edificio destinato, però, ad essere demolito in quanto occupante l'intera area sui cui deve essere realizzata l'opera pubblica). A fronte di un simile atteggiamento dell'espropriante, in particolare se privo di giustificazione e protratto per lungo tempo, si dovrebbe tendenzialmente ritenere che non si tratti di tolleranza, bensì di inerzia, in quanto la mancata reazione dell'espropriante all'anzidetta ingerenza altrui attesterebbe il suo completo disinteresse per il bene coattivamente acquisito<sup>38</sup>. Cосicché, in mancanza, da un lato, di qualsivoglia attività di tipo dominativo

---

menzionato nel testo anche da GALLO, *Possesso e azioni possessorie*, in *Tratt. Bessone*, VII, 2, Torino, 2001, 207.

<sup>37</sup> Così pure TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, cit., 37.

<sup>38</sup> Si ritiene che l'inerzia, diversamente dalla tolleranza, ricorra, appunto, qualora il proprietario non reagisca per un lungo periodo di tempo nei confronti di atti che incidono fortemente sul contenuto del proprio diritto, oppure – come accennato nella nt. 35 – lì dove il proprietario non sia a conoscenza dell'altrui ingerenza (sulla differenza tra tolleranza ed inerzia, v. BISEGNA, *Tolleranza (atti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 403).



da parte dell'espropriante<sup>39</sup>, nonché, dall'altro lato, di un titolo idoneo a fondare la detenzione dell'espropriato, occorrerebbe concludere, anche alla luce della presunzione di cui all'art. 1141, 1° co., c.c., che il possesso fin dall'inizio si radichi in capo all'espropriato nella cui effettiva disponibilità si trova il bene. La conseguente possibilità, per tale soggetto, di invocare l'usucapione in proprio favore permetterebbe, quindi, di ritenere ad un tempo soddisfatti l'interesse generale all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, nonché l'interesse particolare dell'espropriato a riacquistare, a fronte della prolungata inerzia della p.a., il bene rispetto al quale si sia a lungo comportato attivamente.

ii) Pure lì dove, poi, la relazione fattuale intrattenuta con l'immobile dall'espropriato fosse inizialmente qualificabile come detenzione tollerata, la stessa potrebbe successivamente trasformarsi in possesso, qualora l'espropriato dovesse porre in essere un atto di opposizione ex art. 1141, 2° co., c.c. nei confronti dell'espropriante, facendo venire meno il possesso mediato di quest'ultimo (si pensi, ad esempio, al soggetto che, avendo conservato temporaneamente la disponibilità di un fondo espropriato per realizzare un'area verde, in seguito si rifiuti di rilasciare il bene e cominci a costruirvi un edificio)<sup>40</sup>. Anche in tal caso, si dovrebbe, pertanto, ammettere che, dal momento dell'avvenuta interservizione, inizi a decorrere il termine per l'usucapione del bene da parte dell'espropriato.

Tuttavia, occorre evidenziare come, in entrambe le ipotesi sopra considerate, la rilevanza del possesso eventualmente acquistato dall'espropriato finisca, in realtà, per essere notevolmente ridimensionata alla luce della singolare impostazione accolta dalle sezioni unite, mediante il richiamo di un precedente (a quanto pare rimasto isolato) del 2004, secondo cui il bene espropriato dovrebbe intendersi rientrare nel patrimonio indisponibile dell'amministrazione procedente fin dal momento della sua acquisizione coattiva (prima e indipendentemente, quindi, dalla realizzazione dell'opera pubblica), e il conseguente regime di indisponibilità perdurare sino a quando non si verificano i presupposti per l'esercizio del diritto di retrocessione (artt. 60 ss. l. n. 2359/1865), ovvero, in base alla disciplina attualmente vigente, non siano decorsi dieci anni dall'esecuzione del decreto di esproprio (art. 46 d.p.r. n. 327/2001)<sup>41</sup>: in tale prospettiva, infatti, il possesso dell'espropriato non potrebbe essere considerato utile ai fini dell'usucapione (cfr. art. 1145, 1° co., c.c.), se non una volta venuto meno il predetto regime di indisponibilità<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Diversamente, infatti, dalla tolleranza, nella quale è identificabile un preciso «atteggiamento positivo del proprietario», nell'inerzia rileva il «semplice non agire» (così PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 64 ss.).

<sup>40</sup> Per un cenno al fatto che «se il soggetto del potere di fatto immediato negasse [...] qualsiasi potere in capo al dominus della relazione possessoria, il possesso mediato di quest'ultimo non potrebbe che venire meno», sia consentito rinviare a OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., 25 (e v. anche ulteriore dottrina *ivi* citata).

<sup>41</sup> V. punto 7.1 della motivazione, ove viene – come si è accennato nel testo – richiamato il precedente rappresentato da Cass., 1° luglio 2004, n. 12023.

<sup>42</sup> Tuttavia, per la possibilità di usucapire i beni del patrimonio disponibile, v. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 293.

Senonché, il riferimento, nei termini poc'anzi illustrati, all'indisponibilità dell'area espropriata, oltre a male armonizzarsi con il ragionamento complessivo svolto dalle sezioni unite, in quanto avrebbe dovuto condurre ad escludere a monte l'usucapibilità dell'immobile, a prescindere dalla qualifica possessoria dell'espropriato<sup>43</sup>, si pone, altresì, in contrasto con l'opinione consolidata secondo cui un bene potrebbe rientrare nel patrimonio indisponibile soltanto nel momento in cui il medesimo sia stato effettivamente destinato a pubblico servizio<sup>44</sup>.

## 5. Brevi considerazioni con riferimento alla normativa di cui al d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327

In conclusione, va ricordato come le sezioni unite abbiano ritenuto di enunciare un principio di diritto simile a quello formulato con riferimento alla l. n. 2359/1865 anche con riguardo alla disciplina dell'espropriazione attualmente vigente, sebbene quest'ultima non fosse *ratione temporis* applicabile al caso di specie.

Volendo, quindi, svolgere alcune brevi considerazioni finali anche a tale proposito, poiché, in base all'art. 23, 1° co., d.p.r. n. 327/2001, il decreto di esproprio dispone il passaggio del diritto di proprietà sotto la condizione sospensiva che il medesimo sia successivamente notificato ed eseguito (lett. *f*), e l'esecuzione del decreto (che deve avvenire entro il termine perentorio di due anni) si realizza mediante l'immissione del beneficiario nel possesso, con la redazione di apposito verbale (lett. *h*), ne dovrebbe discendere che, fino a quando non intervenga la predetta esecuzione, l'espropriato conserva tanto la proprietà quanto il possesso del bene<sup>45</sup>.

Lì dove, poi, il decreto di esproprio sia eseguito, la circostanza che l'immissione in possesso «si intende effettuata [...] anche quando, malgrado la redazione del relativo verbale, il bene continua ad essere utilizzato, per qualsiasi ragione, da chi in precedenza ne aveva la disponibilità» (v. art. 24, 4° co.), dovrebbe condurre a ritenere che la relazione di fatto successivamente mantenuta dall'espropriato con l'immobile sia di regola qualifica-

<sup>43</sup> Tornando – per quanto si è poc'anzi rilevato nel testo – la qualifica possessoria dell'espropriato ad assumere rilevanza (soltanto) una volta decorso il summenzionato periodo di protezione.

<sup>44</sup> In termini simili, con riguardo all'ordinanza di rimessione, v. CATERINA, *Espropriazione non eseguita e situazioni possessorie*, cit., 2073; con riferimento alla pronuncia delle sezioni unite, cfr. QUARTA, *Effetti del decreto di esproprio e situazioni possessorie. L'ultima parola della Cassazione*, cit., 1259 s.

<sup>45</sup> Cfr., in proposito, anche quanto osservato da AMENDOLAGINE, *Le Sezioni unite sull'usucapibilità di un bene espropriato per pubblica utilità*, in *Giur. it.*, 2023, 1270: «condizionando l'efficacia del decreto di espropriazione alla sua successiva notificazione ed esecuzione, appare evidente che, durante il periodo di latenza – in cui viene emesso senza essere notificato – non si verificano gli effetti tipici del provvedimento ablativo, ragione per cui, nella nuova formulazione legislativa, non ci troviamo di fronte ad un provvedimento che essendo già valido ed efficace debba semplicemente essere eseguito, come invece accadeva anteriormente per il decreto di espropriazione».

bile come detenzione tollerata, con conseguente preclusione della possibilità di usucapire il bene<sup>46</sup>.

Poiché, però, la previsione appena ricordata non può evidentemente avere l'effetto di irrigidire, una volta per tutte, le situazioni possessorie di cui si tratta<sup>47</sup>, si dovrebbe ammettere che, qualora, in particolare, si verificchino le evenienze esaminate nel precedente paragrafo, il possesso si instauri, invece, in capo all'espropriato, il quale potrebbe, pertanto, eventualmente usucapire l'immobile.

## ABSTRACT

Il contributo propone un esame critico della recente pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass., s.u., 12 gennaio 2023, n. 651) in materia di qualifica possessoria dei soggetti coinvolti in un'espropriazione per pubblica utilità non eseguita. Ad avviso dell'Autore, l'inquadramento delle situazioni possessorie in cui si vengono rispettivamente a trovare, in seguito alla pronuncia di esproprio, l'espropriante e l'espropriato rimasto nella disponibilità dell'immobile andrebbe differenziato a seconda che i soggetti abbiano o meno mantenuto, nei confronti del bene, un comportamento non contrastante con le finalità pubbliche sottostanti all'emanato provvedimento di esproprio.

*The essay proposes a critical examination of the recent judgment of the Court of Cassation (Cass., s.u., 12 January 2023, no. 651) on the matter of the possessory status of the subjects involved in an expropriation for public utility not executed. In the Author's opinion, the classification of the possessory situations in which the expropriating party and the expropriated party who has retained the land find themselves after the expropriation decision should be differentiated according to whether or not the parties have maintained, with respect to the land, a conduct that does not conflict with the public purposes underlying the expropriation decision.*

<sup>46</sup> V., nello stesso senso, MARUOTTI, in CARINGELLA, DE MARZO, DE NICTOLIS, MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 430 s.

<sup>47</sup> Cfr., nel medesimo senso, anche Cass., 19 gennaio 2010, n. 790, la quale, a proposito dell'analogo verbale di immissione nel possesso già previsto dall'art. 3 l. 3 gennaio 1978, n. 1, con disciplina – come sottolineato dalla stessa S.C. – oggi recepita dall'art. 24 d.p.r. n. 327/2001, ha precisato che la presunzione di reale e completo impossessamento del bene derivante dal suddetto verbale «sia da comprendere fra quelle *iuris tantum*; che ammettono, dunque, tutti gli interessati, ed in particolar modo il proprietario a dimostrare [...] che pur dopo l'adozione e l'esecuzione del provvedimento di occupazione d'urgenza, la loro permanenza nell'immobile abbia costituito esercizio di possesso tutelabile».





### Questioni ancora attuali in tema di *institutio ex re certa*



Martina D'Onofrio

**SOMMARIO:** 1. Recenti orientamenti in tema di *institutio ex re certa*. – 2. La differenza tra *institutio ex re certa* e legato. – 3. La sorte dei beni esclusi dal testamento. – 4. La sorte dell'istituzione *ex re certa* a seguito del venir meno dei beni attribuiti. – 5. Conclusioni: la decisività del criterio della esistenza e conoscenza dei beni.

#### 1. Recenti orientamenti in tema di *institutio ex re certa*

La figura dell'*institutio ex re certa*, prevista dal nostro codice all'art. 588, comma 2<sup>1</sup>, ancor oggi non ha smesso di suscitare le riflessioni degli interpreti con riguardo a numerosi punti controversi della sua disciplina.

Invero, in una serie di pronunce giurisprudenziali, la Suprema Corte è intervenuta a dirimere conflitti sviluppatasi, in specie, in merito a tre aspetti, su cui si tenterà di fare luce nel prosieguo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L'art. 588, comma 2, c.c. dispone che «l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio». Sulla *institutio ex re certa* si vedano, anzitutto MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 1 ss.; DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e già diretto da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, Milano, 2005, 167 ss.; GERBO, *L'«institutio ex re certa». Contributo per una rilettura critica degli articoli 457 e 558 del codice civile*, Milano, 2011. Da ultimo, si sofferma approfonditamente sul tema, VENTURELLI, *Divisione testamentaria incompleta e «vis expansiva» della «institutio ex re certa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 542 ss.

<sup>2</sup> Da ultimo, Cass. 5 agosto 2022, n. 24310. Precedentemente, Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, in *Fam. dir.*, 2022, 761 ss., con nota di BARBA, *«Institutio ex re certa», funzione istitutiva e virtù espansiva*; Cass. 9 aprile 2021, n. 9487; Cass. 3 luglio 2019, n. 17868, in *Giur. it.*, 2020, 2417 ss., con nota di GERBO, *La c.d. «vis expansiva» dell'«institutio ex re certa»*; Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158.

Un gruppo di sentenze ha tentato di tratteggiare i criteri utili a guidare l'interprete nella qualificazione di una disposizione testamentaria in termini di legato, ovvero di istituzione di erede *ex re certa*<sup>3</sup>.

Altre decisioni sono invece dedicate a criticità che si pongono a seguito della qualificazione delle disposizioni in termini di *institutiones ex re certa*<sup>4</sup>.

In particolare, qualora il defunto nell'atto di ultima volontà abbia tralasciato alcuni beni, ovvero allorché la consistenza dell'asse abbia subito variazioni tra il momento della redazione della scheda e quello della morte, dubbi si sollevano in merito alla sorte dei beni non contemplati da un testamento contenente un'istituzione di erede mediante indicazione di beni determinati.

Si tratta di una situazione che sovente si presenta quando vi siano beni sopravvenuti rispetto alla scrittura della scheda testamentaria ovvero in quel momento ignorati dal *de cuius*. A tal proposito, è necessario comprendere se in questi casi, con riguardo a tali cespiti, si apra la successione legittima, ovvero si accrescano le quote degli istituiti *ex re certa*.

Infine, altri problemi nascono allorché – tra il momento della redazione del testamento e l'apertura della successione – la consistenza del patrimonio del defunto si modifichi in difetto, a causa della fuoriuscita dall'asse di beni oggetto dell'istituzione *ex re certa*, in seguito ad alienazione, distruzione o altre cause che coinvolgano i medesimi<sup>5</sup>.

Sembra quindi utile cercare di mettere in luce gli approdi cui la Suprema Corte è giunta con riguardo ai profili appena menzionati.

## 2. La differenza tra *institutio ex re certa* e legato

Al fine di affrontare le questioni sopra delineate, pare anzitutto necessario chiarire gli snodi del ragionamento che occorre condurre per comprendere se un'attribuzione testamentaria si configuri in termini di *institutio ex re certa* ovvero di legato e prospettare i criteri che debbono guidare l'interprete nella scelta dell'una o dell'altra qualificazione<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Tra cui, di recente, Cass. 5 marzo 2020, n. 6125, in *Fam. dir.*, 2022, con nota di DONATO, *Principi di autonoma interpretazione del testamento e 'heredis institutio ex re certa'*.

<sup>4</sup> Si vedano anzitutto, di recente, Cass. 5 agosto 2022, n. 24310; Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, in *Fam. dir.*, 2022, 761 ss.; Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158.

<sup>5</sup> Su questo aspetto, si è soffermata Cass. 17 marzo 2017, n. 6972, in *Dir. fam. succ.*, 2019, 595 ss., con nota di PERNICE, *'Institutio ex certa re' e revocabilità ex art. 686 c.c.*

<sup>6</sup> Sulla questione, cfr. in particolare GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, 363 ss.; ID., *Istituzione di erede e legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1929, 1 ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, I, Milano, 2002, 51 s.; G. PERLINGIERI, *'Heredis institutio ex certa re', acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 459 ss. Nell'ambito di uno studio sul rapporto tra *institutio ex re certa* e divisione del testatore, si sofferma sugli elementi identificativi della prima AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv.*

Com'è noto, il legislatore del '42 non ha previsto norme specifiche in tema di interpretazione del testamento, sicché giurisprudenza e dottrina hanno a lungo cercato di colmare la lacuna mediante le riflessioni che di seguito ci si propone di compendiare.

A tal proposito, può rappresentare un punto di partenza il paragrafo della Relazione al Re in cui viene trattata questa materia. Ivi si legge che «la intenzione del testatore d'assegnare beni determinati come quota del patrimonio deve essere desunta coi comuni criteri di interpretazione della volontà testamentaria»<sup>7</sup>.

In assenza di norme *ad hoc* sul testamento, la giurisprudenza ha – anche di recente – riconosciuto l'applicabilità dei canoni indicati agli artt. 1362 ss. c.c., riguardanti l'interpretazione del contratto, anche in materia testamentaria, per quanto compatibili<sup>8</sup>.

Per ciò che attiene alle disposizioni testamentarie, l'attività interpretativa deve essere in primo luogo volta a ricercare la volontà del testatore, come suggerisce – *mutatis mutandis* – l'art. 1362 c.c.; peraltro, occorre avere riguardo alle intenzioni che egli aveva al momento dell'atto, mentre vi è chi nega la legittimità di un'interpretazione evolutiva riferita alla condotta tenuta in epoca successiva rispetto alla redazione della scheda<sup>9</sup>.

Non decisiva è invece la lettera del testamento, come si può altresì evincere dall'art. 588 c.c., ove si stabilisce che la qualificazione di disposizione a titolo universale ovvero a titolo particolare va attribuita in base al contenuto della stessa, «qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore»<sup>10</sup>. Si tratta quindi di una questione di pura interpretazione del testamento, che deve basarsi su qualsiasi elemento utile a cogliere l'autentica volontà del defunto, a prescindere dall'eventuale terminologia impiegata da quest'ultimo.

Inoltre, alla stregua di quanto prevede l'art. 1363 c.c. per l'ambito contrattuale, le disposizioni non devono essere interpretate in maniera isolata: al contrario, occorre tenere conto del contesto complessivo della scheda testamentaria<sup>11</sup>.

---

*dir. civ.*, 1986, I, 244 ss.; su cui BURDESE, *'Institutio ex re certa' e divisione testamentaria (sulla natura dell'atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 465 ss.; sul punto, successivamente, anche G. SALVI, *Note in tema di 'institutio ex re certa' e divisione testamentaria. L'assegnazione di quota di società di persone*, in *Dir. fam. succ.*, 2016, 822 ss. Di recente, F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 42 ss.; BOSELLI, *Sui criteri di ermeneutica testamentaria*, in *Fam. dir.*, 2021, 830 ss.; MEGLIO, *Sui rapporti tra erede 'ex re certa' e legatario: la scheda testamentaria quale 'caput et fundamentum' dell'ermeneutica*, in *Familia*, 2020, 355 ss.; CACCETTA, *'L'institutio ex re certa': eredità o legato? La storia infinita*, in *Vita not.*, 2020, 495 ss.; PERNICE, *'Institutio ex certa re' e revocabilità ex art. 686 c.c.*, in *Dir. fam. succ.*, 2019, 599 ss.

<sup>7</sup> Questo estratto del n. 286 della Relazione al Re è reperibile nella ristampa *Relazione del Ministro guardasigilli al codice civile*, a cura di ROSSI e VASSANELLI, Verona, 2018, 214 s.

<sup>8</sup> L'applicabilità degli artt. 1362 ss. c.c. in quanto compatibili è pressoché pacifica. Per tutte, si veda Cass. 5 marzo 2020, cit. Nella giurisprudenza di merito, si è recentemente soffermata sul punto Trib. Monza 24 aprile 2020, in *Fam. dir.*, 2021, 827 ss., con nota di BOSELLI, *Sui criteri di ermeneutica testamentaria*.

<sup>9</sup> F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 34.

<sup>10</sup> Così, letteralmente, l'art. 588 c.c.

<sup>11</sup> F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 35.

Eventuali dubbi in merito ai caratteri della disposizione che dovessero residuare potrebbero poi essere chiariti mediante qualunque mezzo di prova<sup>12</sup>.

A tal fine non sembra invece rilevante la quantità dei beni attribuiti: potrebbe infatti configurare un'istituzione di erede *ex art.* 588, comma 2, c.c. anche quella riguardante un'esigua quota del patrimonio del disponente<sup>13</sup>.

Si precisi che ancor diversa è poi la situazione nella quale la menzione di determinati beni rappresenti soltanto un'esemplificazione della composizione della quota. Si deve ritenere che in tali ipotesi non venga in rilievo il comma 2 dell'art. 588 c.c., bensì il comma 1, in quanto si tratterebbe di una normale istituzione di erede *pro quota* e l'indicazione dei beni avrebbe mero valore dimostrativo<sup>14</sup>.

In dottrina si è talvolta sostenuto che – alla luce della formulazione dell'art. 588, comma 2, c.c. – si debba considerare l'istituzione *ex re certa* una fattispecie eccezionale rispetto alla regola in base alla quale, ove il testatore faccia riferimento a beni determinati, si tratterebbe di una disposizione a titolo particolare. Sicché, nel dubbio in merito alla natura dell'attribuzione, in assenza di elementi che depongano univocamente nell'uno o nell'altro senso, si dovrebbe propendere per la qualificazione in termini di legato<sup>15</sup>.

Tale impostazione non è peraltro accolta dalla giurisprudenza più recente e da altri autori, secondo i quali non operano automatismi e l'interpretazione in un senso o nell'altro andrebbe rimessa *in toto* all'indagine dell'intenzione del testatore nel caso concreto<sup>16</sup>.

Nondimeno, la scelta tra la qualificazione in termini di *institutio ex re certa* ovvero di legato consiste in un apprezzamento di fatto, non censurabile in sede di cassazione se adeguatamente motivato<sup>17</sup>.

Orbene, la qualificazione della disposizione testamentaria in termini di istituzione *ex re certa* solleva poi una serie di dubbi, per sciogliere i quali – come si ambisce a dimostrare – un ruolo centrale assume la costante ricerca della volontà del *de cuius*.

<sup>12</sup> In questo senso CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, XLII.1, Milano, 1954, 24.

<sup>13</sup> MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 765 ss.

<sup>14</sup> Così precisa BONILINI, *'Institutio ex re certa' e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 534.

<sup>15</sup> In questo senso, MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., 758, afferma che «il problema se, nel dubbio, la *res certa* debba ritenersi attribuita a titolo universale o particolare deve certamente risolversi in ogni caso, nel secondo senso». Successivamente, BONILINI, BASINI, *I legati*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2003, 27; M. CACCETTA, *L'istitutio ex re certa: eredità o legato? La storia infinita*, cit., 500. Nella giurisprudenza di merito, di recente Trib. Monza 24 aprile 2020, cit.

<sup>16</sup> Negano che l'*institutio ex re certa* abbia carattere di norma eccezionale, tra i molti, TRABUCCHI, voce *Legato (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 609; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Successioni* 2, II, *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, Torino, 1997, 143 s.

<sup>17</sup> Cass. 14 aprile 1992, n. 4527, in *Riv. not.*, 1992, 909; Cass. 5 marzo 2020, n. 6125, cit.



### 3. La sorte dei beni esclusi dal testamento

Una volta assodato che una determinata disposizione non attribuisce un legato, bensì una quota dell'universalità, occorre chiedersi che cosa accada allorché il testamento, contenente un'*institutio ex re certa*, manchi di prendere in considerazione alcuni cespiti presenti nella massa ereditaria.

In particolare, ci si deve domandare come debbano essere suddivisi i beni taciuti nel negozio testamentario, a quel tempo ignorati, ovvero a esso sopravvenuti.

Tre sarebbero astrattamente le possibilità: attribuire l'intero patrimonio ai soggetti indicati nella scheda testamentaria come destinatari di determinati beni che rappresentino una quota, ovvero conferire tutti i beni residui agli eredi legittimi, oppure assegnarne una parte a questi ultimi e altra all'*institutio ex re certa*, in proporzione alle rispettive quote.

La prima tesi si fonda principalmente sulla presenza nel testamento di una vocazione a titolo universale che sarebbe preclusiva rispetto alla successione legittima, in forza dell'art. 457, comma 2, c.c., in base al quale «non si fa luogo a successione legittima se non quando manchi, in tutto in parte, la successione testamentaria».

Ebbene, secondo tale orientamento, l'operatività congiunta della successione testamentaria e di quella legittima sarebbe relegata all'ipotesi in cui il negozio *mortis causa* contenga soltanto disposizioni a titolo particolare, che sarebbero prive della *vis expansiva* per estendersi ai beni non espressamente menzionati dal *de cuius*<sup>18</sup>.

D'altra parte, se si negasse all'*institutio ex re certa* l'attitudine a espandersi ad altri beni, si differenzerebbe lo statuto dell'erede testamentario istituito *ex re certa* da quello dell'erede designato mediante l'indicazione di una quota e dal successore legittimo, in spregio al principio dell'unicità dello *status* di erede, qualsiasi sia la fonte della delazione. La *vis expansiva* è invero un «carattere essenziale» dell'istituzione di erede<sup>19</sup>.

Alla luce di ciò, secondo la ricostruzione appena descritta, i beni non contemplati dovrebbero essere assegnati *in toto* agli eredi testamentari, in proporzione alle quote loro

---

<sup>18</sup> Tale opinione è sostenuta, in particolare da BONILINI, *'Institutio ex re certa' e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, cit., 536 ss.; G. PERLINGIERI, *'Heredis institutio ex certa re', acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 c.c.*, cit., 465 ss., il quale tuttavia apre alla possibilità di assegnare una parte dei beni agli eredi legittimi ove l'esclusione dal testamento sia stata volontaria.

<sup>19</sup> Qualifica in tali termini la forza espansiva dell'istituzione di erede CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, cit., 52. Sull'essenzialità della *vis expansiva* anche BONILINI, *'Institutio ex re certa' e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, cit., 536 ss. Sulla necessaria idoneità della chiamata ereditaria, anche *ex re certa*, a raccogliere potenzialmente la totalità dei beni, si veda, per tutti, MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., 742. In epoca successiva BASINI, *'Lasciti' di beni determinati, ed istituzione di erede 'ex re certa'*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 243 ss.

assegnate, privando gli eredi legittimi di qualsivoglia pretesa nei confronti della massa ereditaria<sup>20</sup>.

Nondimeno, si deve considerare che nel nostro sistema giuridico si è oramai affermata pacificamente nella giurisprudenza recente l'ammissibilità del concorso tra *institutio ex re certa* e successione legittima, allorché il *de cuius* non disponga di tutte le proprie sostanze per testamento<sup>21</sup>.

Nel solco di questa ricostruzione, alcuni autori hanno riconosciuto la possibilità per l'istituto *ex re certa* di ottenere – oltre ai beni specificamente attribuiti – una quota di quelli esclusi dal testamento, allorché lo stesso soggetto, oltre a essere erede testamentario, sia anche chiamato in base alle norme sulla successione legittima<sup>22</sup>.

Diversa tesi afferma invece che l'indicazione dei beni specifici nella disposizione che istituisce un erede *ex re certa*, oltre a rappresentare la quota spettante al medesimo, debba segnare anche il limite delle attribuzioni a favore di quel soggetto e che quindi, allorché alcuni cespiti non siano stati menzionati nel testamento, si apra – con riguardo a questi soltanto – la successione legittima<sup>23</sup>.

Si tratta probabilmente di un retaggio del diritto romano di epoca giustiniana, ove si era stabilito che agli istituiti *ex re certa* spettassero solo e soltanto i beni a loro attribuiti, mentre le altre poste attive o passive dovessero essere attribuite agli eredi istituiti *ex quota*<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> La Suprema Corte in alcune pronunce, ossia Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17122; Cass. 11 giugno 2015, n. 12158, ha effettivamente negato il concorso tra eredi legittimi e testamentari; tuttavia, è dubbia l'assimilabilità dei casi ivi trattati a quelli che qui ci occupano, come sottolinea la successiva Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, cit.

<sup>21</sup> Così, di recente, Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, cit.; Cass. 9 aprile 2021, n. 9487; Cass. 3 luglio 2019, n. 17868, in *Giur. it.*, 2020, 2417 ss., con nota di GERBO, *La c.d. 'vis expansiva' dell' 'institutio ex re certa'*. In questo senso si erano già espressi MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c., cit.*, 767 s.; TRABUCCHI, in nota a Cass. 23 marzo 1963, n. 737, in *Foro it.*, 1964, I, 185 s.

<sup>22</sup> Svolgono tale precisazione CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, cit., 52; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1993, 111 s.; Id., *Il testamento*, cit., 145 s.

<sup>23</sup> Attribuisce ai successori legittimi la parte di patrimonio su cui il testatore non si è espresso Cass. 23 marzo 1963, n. 737, in *Foro it.*, 1964, I, 185 ss., con nota critica di TRABUCCHI. In dottrina, così D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*<sup>3</sup>, II, Torino, 1951, 821 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, 381; BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, cit., 111 s.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*<sup>2</sup>, cit., 53 s. Con riguardo allo stesso problema nel contesto della divisione, così GAZZARA, voce *Divisione ereditaria*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 436.

<sup>24</sup> Così si evince da un passo del codice giustiniano, C. 6.24.13 (a. 529), secondo la ricostruzione di BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino, 1993, 655. Per un approfondimento in merito alla storia della figura dell'*institutio ex re certa*, si veda ZANON, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *La ricostruzione della volontà testamentaria*, a cura di VINCENTI, Padova, 2005, 18 ss.

Peraltro, si deve considerare che siffatta ricostruzione si colloca in un contesto giuridico totalmente diverso da quello attuale. All'esito descritto si è giunti infatti soltanto in epoca post-classica. Invero, nel diritto romano arcaico la *heredis institutio ex certa re* era inizialmente ritenuta nulla *tout court*, poiché si giudicava contraddittorio il fatto che all'erede, che succedeva *in universum ius*, venissero attribuiti singoli beni.

Soltanto in epoca classica si ammise anzitutto la validità dell'istituzione di erede, salvo considerare nulla la specificazione della *certa res* e, in un tempo ancora successivo, si aprì alla possibilità che l'*arbiter*, in sede di divisione, nel contesto dell'*actio familiae erciscundae* tenesse conto delle attribuzioni per procedere alla distribuzione dell'asse ereditario ai successori<sup>25</sup>.

Non sembra quindi possibile trarre da quanto descritto argomenti utili nell'attuale discussione in merito alla sorte dei beni non contemplati nel testamento.

Nondimeno, nessuna di queste due tesi è stata accolta dalla Cassazione, la quale – sollecitata più volte sul punto negli ultimi tempi – si è invece attestata su una posizione intermedia, che rimette all'interpretazione della volontà del testatore la soluzione della questione se i beni residui debbano essere devoluti agli eredi testamentari istituiti *ex certa re*, ovvero se gli stessi vadano attribuiti agli eredi legittimi<sup>26</sup>.

Il problema di fondo sta quindi nel comprendere se il testatore abbia inteso nominare l'istituito *ex re certa* erede per la totalità dei propri averi, ovvero limitatamente ai beni espressamente menzionati<sup>27</sup>.

La ricostruzione che si ritiene maggiormente fondata prevede che, *a posteriori*, si debbano calcolare le quote matematiche corrispondenti a ogni istituzione *ex re certa*, considerando il valore dei beni indicati in rapporto al patrimonio complessivo del *de cuius* al momento della redazione del testamento, al netto dei legati. Una volta evinte le quote, risulta agevole comprendere se rimanga o meno spazio per la successione legittima<sup>28</sup>.

Se la somma delle frazioni matematiche dovesse integrare la totalità del patrimonio, nulla spetterebbe agli eredi legittimi. Anche nelle ipotesi in cui – tra la redazione del testamento e l'apertura della successione – dovessero sopravvenire ulteriori beni, questi

<sup>25</sup> MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 620.

<sup>26</sup> Di recente, così anche F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 45 ss.

<sup>27</sup> Pone l'accento sulla rilevanza della volontà del testatore al fine di comprendere la sorte dei beni non compresi nelle assegnazioni AMADIO, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, cit., 268, su cui BURDESE, *'Institutio ex re certa' e divisione testamentaria (sulla natura dell'atto divisorio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 470 s.

<sup>28</sup> In merito al calcolo *ex post* della quota, cfr., per tutti, SCHLESINGER, voce *Successioni (dir. civ.): parte generale*, in *Nov. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 752; DELLE MONACHE, *Revoca tacita dell'istituzione 'ex re certa'*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 403; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*<sup>45</sup>, Padova, 2012, 440, nt. 1; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*<sup>23</sup>, Milano, 2017, 1359; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*<sup>6</sup>, Milano, 2022, 339 s. Si sofferma sugli argomenti che portano all'individuazione del momento della redazione del testamento come parametro temporale di riferimento per quantificare il patrimonio del testatore ai fini del calcolo delle quote V. BARBA, *Istituzione 'ex re certa' e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 53 ss., in specie 75 s.

andrebbero divisi tra gli eredi testamentari, in proporzione alle loro quote. Affermare il contrario significherebbe negare la *vis expansiva* dello *status* di erede e ciò sarebbe, per quanto sin qui detto, del tutto contrario ai principi del nostro diritto successorio.

Allorché invece nel testamento le attribuzioni – tanto se esse avvengano mediante istituzioni di erede *ex art.* 588, comma 1, c.c., quanto se siano riconducibili alle *institutiones ex re certa* – non esauriscano l'asse ereditario, rimane spazio per la delazione in favore di eredi legittimi.

I beni consapevolmente esclusi dalle disposizioni testamentarie devono essere attribuiti al chiamato *ex lege*, salvo che non emerga una volontà contraria<sup>29</sup>. In siffatte ipotesi, qualora rispetto al momento della redazione del testamento dovessero sopravvenire beni, questi andranno divisi tra eredi legittimi e testamentari in proporzione alle loro quote<sup>30</sup>. Naturalmente, con le stesse proporzioni saranno altresì ripartiti i debiti ereditari.

L'impostazione appena descritta sembra ormai essersi sedimentata: i beni sconosciuti al tempo della redazione dell'atto di ultima volontà, ovvero entrati nel patrimonio del defunto in epoca successiva, e perciò non menzionati nel testamento, dovrebbero essere attribuiti anche agli eredi istituiti *ex re certa* in base alla loro quota, che deve essere calcolata considerando la proporzione tra il valore dei beni attribuiti e l'intero patrimonio noto al *de cuius* al momento della redazione del testamento, al netto dei legati<sup>31</sup>.

Se invece, al tempo della formazione della scheda, il defunto aveva volontariamente tralasciato alcuni beni, questi dovranno essere attribuiti all'erede legittimo.

#### 4. La sorte dell'istituzione *ex re certa* a seguito del venir meno dei beni attribuiti

Sin qui si è analizzata l'ipotesi di sopravvenienza di beni rispetto al momento della redazione del testamento, ma parimenti controversa è la sorte dell'istituzione di erede

<sup>29</sup> Nella giurisprudenza recente, così si esprime, Cass. 3 luglio 2019, n. 17868, cit. In dottrina, cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Il diritto successorio tra questioni ancora aperte e nuove esigenze economico-sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1017, in specie 1022 s.

<sup>30</sup> Tale impostazione era già sostenuta da MENGONI, *L'istituzione di erede 'ex certa re' secondo l'art. 588, comma 2, c.c.*, cit., 765 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte Generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, XLII.1, Milano, 1954, 23 ss. Successivamente, tra i molti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*<sup>6</sup>, cit., 342 s.; V. BARBA, *Istituzione 'ex re certa' e divisione fatta dal testatore*, cit., 76 ss.; ID., *'Institutio ex re certa', funzione istitutiva e virtù espansiva*, in *Fam. dir.*, 2020, 770 ss.

<sup>31</sup> Questo principio era già stato enunciato da Cass. 27 ottobre 1980, n. 5773; Cass. 5 giugno 1976, n. 2050; Cass. 12 maggio 1971, n. 1368; e, in tempi recenti da Cass. 31 dicembre 2021, n. 42121, cit.; Cass. 9 aprile 2021, n. 9487; Cass. 5 marzo 2020, n. 6125; Cass. 3 luglio 2019, n. 17868.

*ex re certa* allorché vengano meno i beni oggetto della disposizione in conseguenza della loro alienazione o distruzione<sup>32</sup>.

Ci si deve chiedere se, in tali ipotesi, l'istituzione di erede sia da ritenersi revocata, ovvero se la quota ideale che con quei beni s'intendeva attribuire debba essere soddisfatta con altri cespiti appartenenti all'asse.

Il codice non disciplina questa fattispecie. Alcuni interpreti hanno argomentato in senso favorevole alla revoca della disposizione testamentaria, muovendo dall'applicazione analogica dell'art. 686 c.c. in tema di alienazione e trasformazione della cosa legata. Ivi si prevede infatti che, laddove l'oggetto venisse meno in seguito a tali eventi, l'attribuzione a titolo particolare dovrebbe intendersi revocata. Secondo l'opinione in esame, il giudice dovrebbe di volta in volta valutare se nel caso concreto risulti preponderante il riferimento alla quota, ovvero l'indicazione dei beni determinati, applicando l'art. 686 c.c. in questa seconda ipotesi<sup>33</sup>.

L'impostazione appena illustrata non pare però pienamente convincente. Invero, la norma pocanzi citata sembra trovare la sua *ratio* nel fatto che con il legato il testatore intendesse assegnare al beneficiario unicamente il bene oggetto della disposizione e che, quindi, dall'alienazione o distruzione del medesimo, si debba desumere la volontà di revocare *tout court* l'attribuzione<sup>34</sup>.

Diversamente, come osservato sopra, già in sede interpretativa, la caratteristica che consente di qualificare una disposizione alla stregua di una *institutio ex re certa* è proprio la sottesa intenzione di conferire all'erede una quota del patrimonio, sicché in assenza di norme *ad hoc*, si dovrebbe probabilmente cercare di ricostruire la volontà del testatore e procedere di conseguenza, considerando revocata la disposizione soltanto allorché si riscontrino altri segnali – per esempio eventuali dichiarazioni del *de cuius* per dar conto del proprio comportamento<sup>35</sup> – che inducano a leggere nell'alienazione o distruzione del bene l'intenzione di revocare l'istituzione a titolo universale.

Pertanto, in assenza di indizi in senso contrario, sembrerebbe opportuno affermare che la percentuale dell'asse che il testatore intendeva attribuire all'erede *ex re certa* debba essere mantenuta intatta, nonostante la fuoriuscita dal *relictum* di uno o più cespiti menzionati nella disposizione istitutiva *ex art. 588, comma 2, c.c.*

<sup>32</sup> Della vicenda si è occupata di recente Cass. 17 marzo 2017, n. 6972, cit.

<sup>33</sup> In senso favorevole all'applicazione analogica dell'art. 686 c.c. G. PERLINGIERI, *'Heredis institutio ex certa re'*, cit., 469 ss.; PERNICE, *'Institutio ex certa re' e revocabilità ex art. 686 c.c.*, in *Dir. fam. succ.*, 2019, 607 ss.

<sup>34</sup> Nega l'applicazione analogica dell'art. 686 c.c., giungendo comunque alla revoca della disposizione Cass. 17 marzo 2017, n. 6972, cit. In dottrina, criticano la tesi dell'analogia SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 494; D'AMICO, *La revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 256; DELLE MONACHE, *Revoca tacita dell'istituzione 'ex re certa'*, cit., 420 s.; VENTURELLI, *Divisione testamentaria incompleta*, cit., 549 s.

<sup>35</sup> DELLE MONACHE, *Revoca tacita dell'istituzione 'ex re certa'*, cit., 416.

Ciò sembra ancor più sensato allorché il bene esca dal patrimonio ereditario per cause non riconducibili alla volontà del testatore, come per esempio avviene nel caso di pignoramento, di distruzione per caso fortuito, di furto, ecc. Invero, in tali casi, arduo sarebbe desumere dalla perdita del bene l'intenzione del *de cuius* di revocare l'istituzione di erede<sup>36</sup>.

## 5. Conclusioni: la decisività del criterio della esistenza e conoscenza dei beni

Nel tentativo di tirare le fila del discorso, sembra potersi affermare che, secondo il ragionamento dell'orientamento più recente della giurisprudenza di Cassazione, il criterio di attribuzione dei beni agli eredi legittimi ovvero a quelli testamentari si fonda su esistenza e conoscenza dei medesimi da parte del testatore al momento della redazione della scheda<sup>37</sup>.

Infatti, qualora il *de cuius* ometta di disporre di beni già presenti nel proprio patrimonio e della cui esistenza era consapevole, tali cespiti devono senz'altro essere assegnati agli eredi legittimi<sup>38</sup>.

Allorché, al contrario, i beni tralasciati siano sopravvenuti rispetto alla redazione del testamento, ovvero fossero all'epoca ignoti al *de cuius*, in base alla ricostruzione della Cassazione andrebbero divisi tra eredi legittimi ed eredi testamentari, in base alle quote calcolate tramite il metodo sopra illustrato.

Si tratta evidentemente di un ragionamento basato sulla ricostruzione presuntiva della volontà del testatore, che però lascia spazio ad alcune perplessità<sup>39</sup>.

Anzitutto, con riferimento ai beni sopravvenuti, potrebbe non risultare in modo pacifico l'intenzione del *de cuius* di attribuirli agli eredi istituiti nel testamento, se fossero esistiti al momento della redazione dello stesso. Si potrebbe infatti controbattere che, se avesse voluto, egli avrebbe potuto disporre mediante un testamento aggiuntivo, integrativo del precedente, al fine di disciplinare la sorte dei beni entrati soltanto successivamente a far parte del patrimonio del testatore. Pertanto, se ciò non avvenisse, l'inerzia potrebbe anche indurre ad argomentare nel senso della volontà del *de cuius* di lasciare che tali beni siano suddivisi in base alle norme sulla successione legittima<sup>40</sup>.

Inoltre, sul piano processuale, con riguardo ai beni ignoti, ci si potrebbe poi chiedere se spetti agli eredi testamentari provare che tali beni fossero sconosciuti al *de cuius*, ovvero incomba sugli eredi legittimi l'onere di dimostrare, al fine di vedersi attribuire

<sup>36</sup> Di questo avviso V. BARBA, *'Institutio ex re certa', funzione istitutiva e virtù espansiva*, in *Fam. dir.*, 2022, 765 s.

<sup>37</sup> Sul punto, la pronuncia più recente è Cass. 5 agosto 2022, n. 24310.

<sup>38</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*<sup>6</sup>, cit., 343.

<sup>39</sup> Sottolinea tali aspetti F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 48 s.

<sup>40</sup> In questo senso si esprime F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 49.

tali cespiti, che il defunto fosse a conoscenza della loro esistenza e si sia volontariamente astenuto dal disporne *mortis causa*.

Sebbene, come appena evidenziato, non manchino criticità – anche di tipo operativo – nell'applicazione del precetto elaborato dallo sciame di sentenze intervenute negli ultimi tempi a dirimere controversie sul regime dell'*institutio ex re certa* e la sorte dei beni ereditari ignorati o sopravvenuti, si è portati a ritenere che – nel ventaglio delle strade possibili – la Corte abbia scelto di percorrere quella maggiormente coerente con l'intento di ricostruire e assecondare la volontà del testatore, evitando di cadere in automatismi che escludano a priori gli eredi testamentari ovvero quelli legittimi dalla divisione dei beni di cui il *de cuius* non ha previsto le sorti.

#### ABSTRACT

Il contributo analizza i recenti orientamenti giurisprudenziali sul tema dell'*institutio ex re certa*. In particolare, ci si sofferma anzitutto sulla sorte dei beni non contemplati nel testamento in quanto sconosciuti al tempo della redazione della scheda, ovvero sopravvenuti rispetto alla medesima. In seguito, il saggio si concentra sulla disciplina delle situazioni nelle quali alcuni cespiti oggetto di una istituzione *ex re certa* escano dal patrimonio del testatore prima della sua morte.

The contribution analyses recent case law about the *institutio ex re certa*. In particular, it focuses first of all on the fate of assets not contemplated in the will because they were unknown at the time of its drafting, or because they have entered in the testator's property after that moment. Next, the essay focuses on the regulation of situations in which certain assets included in an *institutio ex re certa* leave the testator's estate before his or hers death.







### La violazione degli obblighi informativi e la discussa nullità del contratto di *interest rate swap*



Carolina Magli

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La violazione degli obblighi informativi e la nullità del contratto di *interest rate swap*. – 3. La nullità per mancanza o indeterminatezza dell'oggetto. – 4. La nullità per mancanza di accordo. – 5. La nullità per mancanza di causa in concreto. – 6. La violazione degli obblighi informativi: sulla sussistenza del difetto (non nello scambio ma) nelle modalità in cui è stato reso il servizio. – 7. Gli orientamenti successivi alle Sezioni Unite del 2020 e l'esigenza di contenere le conseguenze derivanti dalla pronuncia di nullità.

#### 1. Premessa

Sono molteplici le questioni che si agitano intorno al contratto di *interest rate swap*<sup>1</sup>, strumento finanziario attualmente assai diffuso e appartenente alla categoria dei contratti derivati<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Con specifico riguardo al contratto di *interest rate swap*, v. *ex multis*, Inzitari, *Swap (contratto di)*, in *Contr. e impr.*, 1988, 597; AGOSTINELLI, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *BBTC*, 1997, I, 112; MAFFEIS, *Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. Comm.*, 2013, 648; MORI, *Swap – una tecnica finanziaria per l'impresa*, Padova, 1990, 25 e 318; CAPUTO NASSETTI, *Profili legati degli interest rate swaps e degli interest rate and currency swaps*, in *Dir. Comm. Int.*, 1992, 80; TONELLI, *L'offerta al pubblico di swap e l'attività di intermediazione finanziaria*, in *BBTC*, 1993, I, 342; CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999. ROSAPEPE, *"Interest rate swap" sul presunto contratto tra la Cassazione e la normativa eurounitaria e del TUF*, in *Giur. Comm.*, 2023, 157.

<sup>2</sup> Per uno sguardo d'insieme sulla categoria dei derivati, v. *inter alia*, ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Milano, 2016; DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, 15 ss.; GIRINO, *I contratti derivati*, 2 ed., Milano, 2010; INDOLFI, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Padova, 2013; VITELLI, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, 2013; CAPUTO NASSETTI, *I*

Con riferimento al dibattito che si è sviluppato intorno a siffatta tipologia negoziale, qui si vuole concentrare l'analisi<sup>3</sup> sulle conseguenze giuridiche applicabili qualora, in un contratto di *interest rate swap* con funzione di copertura<sup>4</sup>, l'intermediario non espliciti nel testo contrattuale una serie di elementi che permettano all'investitore stesso di misurare il rischio.

Nello specifico, si tratta di indagare la sorte che subisce il contratto di *interest rate swap* nelle ipotesi in cui l'intermediario, prima della conclusione dell'accordo, non comunicò al cliente la sussistenza di determinati elementi informativi, ed in particolare la presenza di eventuali costi impliciti, dei cc.dd. criteri probabilistici (ma la questione si pone soprattutto con riferimento all'informazione relativa al c.d. *mark to market* nonché alla sue modalità di calcolo), con la conseguenza che, di fatto, il cliente stesso si trova a concludere l'accordo senza essere stato effettivamente posto nelle condizioni di percepire la misura dell'alea<sup>5</sup> che il predetto negozio porta con sé<sup>6</sup>.

Proprio al fine della predetta indagine, occorrerà quindi accertare, anche alla luce del recente intervento delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>7</sup>, se la mancata informazione concernente le predette categorie economiche/finanziarie conduca alla nullità del negozio – ed in tal caso sarà necessario verificare quale sia la causa della predetta nullità – oppure se detta omissione comporti la violazione di una regola di comportamento che non incide sulla struttura e quindi sulla validità del contratto.

---

*contratti derivati finanziari*, 2 ed., Milano, 2011.

<sup>3</sup> AFFERNI, *Interest rate swap e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Soc.*, 2008, 755; Agostinelli, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *BBTC*, 1997, I, 114.

<sup>4</sup> App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, in *BBTC*, 2014, 287, con nota di CAPUTO NASSETTI, *Un salto indietro di trent'anni: "swap uguale scommessa"!*; BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *BBTC*, 2009, 652; MAFFEIS, *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, in *Quaderni di Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, 265. Sulla distinzione tra *swap* speculativi e di copertura è stata ribadita anche dalla CONSOB che con la comunicazione n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999 ha individuato gli elementi che separano le due categorie.

<sup>5</sup> Sull'aleatorietà del contratto di *interest rate swap*, v., *ex multis*, BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, 243; Id., *Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. civ.*, 2011, 665. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., 173; CAPRIGLIONE, *Gli swap come valori mobiliari*, in *BBTC*, 1991, 792. A favore della natura commutativa del negozio in esame, v. *inter alia*, CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, 74; GIOIA, *Il contratto di swap*, in *Giur. It.*, 1999, II; CHIOMENTI, *Cambi di divise a termine*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1987, 45.

<sup>6</sup> Sulla questione della riducibilità o meno del contratto di *interest rate swap* alla scommessa, v. *inter alia*, Capriglione, *I "derivati" dei Comuni Italiani nella gestione della finanza pubblica. Una problematica ancora attuale*, in *BBTC*, 2014, 271; PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezioni di gioco*, in *BBTC*, 1995, 86.

<sup>7</sup> Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, commentate da PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della P.A.?) ed il paradosso di San Pietroburgo*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2020, 123.

## 2. La violazione degli obblighi informativi e la discussa nullità del contratto di *interest rate swap*

Proprio con riferimento alla problematica posta qui all'attenzione, si sia andato delineando un primo orientamento secondo cui<sup>8</sup>, nel caso in cui l'intermediario non fornisca al cliente gli elementi informativi concernenti il *mark to market*<sup>9</sup>, i costi impliciti<sup>10</sup> e gli scenari probabilistici<sup>11</sup>, il contratto di *interest rate swap* debba ritenersi nullo<sup>12</sup>.

Il rimedio della nullità – rispetto alla tutela risarcitoria ed a quella offerta dalla risoluzione – porta infatti con sé numerosi vantaggi. Esso non richiede la prova del nesso causale e del danno, consente effetti restitutori ed incide sulla sola operazione anomala (e nei limiti della sua anomalia); inoltre, valorizzando la responsabilità degli intermediari ai fini delle scelte economicamente razionali degli investitori, si spinge a sorvegliare ed in tal modo garantisce con la giustizia individuale l'efficienza globale<sup>13</sup>.

Tuttavia, con riguardo a questo primo indirizzo interpretativo emerge una certa confusione circa la riferibilità della rilevanza della mancanza degli elementi informativi (*in primis*, appunto, il *mark to market* e/o la sua modalità di calcolo, ma la questione concerne anche la mancata indicazione dei costi impliciti e degli scenari probabilistici)<sup>14</sup> finalizzati a rendere consapevole l'investitore con riguardo al grado di rischio assunto.

---

<sup>8</sup> App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, 4, cit. In senso conforme, App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, in *Contr.*, 2019, con nota di OREFICE, *Il mark to market quale oggetto del contratto di interest rate swap*.

<sup>9</sup> Il *mark to market* indica solamente il valore del derivato ad una certa data (o meglio, il costo che una delle parti dovrebbe sostenere se volesse risolvere anticipatamente il contratto). Sul punto, v. tra i tanti, ANOLLI-PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2020, 206.

<sup>10</sup> I costi impliciti rappresentano il valore negativo per il cliente di un contratto derivato al momento del suo perfezionamento. In argomento, v. *ex multis*, PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati tra trasparenza e causa*, in *Swap tra banche e clienti. I contratti e la condotta*, cit., 221.

<sup>11</sup> Il riferimento delle recenti Sezioni Unite (Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, cit.) agli scenari probabilistici come strumento per misurare qualitativamente e quantitativamente l'alea, capace di rendere l'investitore consapevole di ogni aleatorietà del rapporto, non pare convincente. La stessa nozione di scenario probabilistico risulta controversa, vista e considerata la mancanza nel nostro stesso ordinamento giuridico di specifiche disposizioni dirette a specificarne la finalità ed il contenuto (*contra*, MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1088).

<sup>12</sup> Sulla nullità, v. *ex multis*, MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, cit., 1096.

<sup>13</sup> GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, 23.

<sup>14</sup> Per quanto concerne gli scenari probabilistici, v. tra i tanti, DANUSSO, *Derivati: la Sentenza della Cassazione 8770 del 2020 e le lezioni americane di Calvino. Funzione nomofilattica, esattezza e coerenza*, in *www.dirittobancario.it*.

Infatti, se alcune decisioni hanno ritenuto, nell'ipotesi in cui nel contratto non vengano esplicitati detti elementi, il negozio di *interest rate swap* nullo per mancanza o indeterminatezza<sup>15</sup> dell'oggetto<sup>16</sup>, altre hanno fatto ricorso al rimedio della nullità per mancanza del consenso, mentre l'indirizzo interpretativo<sup>17</sup> maggioritario affermatosi in seno alla giurisprudenza di merito ha sostenuto che, nel caso di specie, il contratto di *interest rate swap* debba ritenersi nullo per mancanza di causa in concreto<sup>18</sup>.

Anche una recente pronuncia delle Sezioni Unite non chiarisce la questione<sup>19</sup>. Infatti, le Sezioni Unite del 2020 se in alcuni passaggi sembrano riferire l'invalidità del negozio alla mancanza di causa in concreto, in altre parti della sentenza, i giudici di legittimità, ponendosi in linea con la decisione della Cassazione del 29 settembre 2005 (che indentificava come elemento essenziale del contratto non già il mero accordo delle parti, bensì il loro accordo informato), affermano che la misurabilità e la determinazione dell'oggetto contrattuale viene ritenuta funzionale a rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto<sup>20</sup>.

Ecco dunque che, in questa sede, al fine di indagare se la mancata informazione in merito alle categorie economico/finanziarie di cui si tratta possa incidere sulla validità dell'atto, occorre ripercorrere gli orientamenti che si sono formati sul punto e verificare, dapprima se la predetta omissione possa comportare la nullità dell'intero contratto per

<sup>15</sup> Trib. Milano, 16 giugno 2015, in *BBTC*, 2016, 177; Trib. Milano, 7 luglio 2016, n. 8463, in *www.ilcaso.it*. TUCCI, *Contratti derivati: determinazione dell'alea e determinabilità dell'oggetto*; Trib. Milano, 13 settembre 2016, in *BBTC*, 2016, 431, con nota di CAPUTO NASSETTI, *Funzione di copertura parziale di uno swap di pagamenti e mancanza della formula di calcolo del mark-to-market: la babele continua*.

<sup>16</sup> V. *ex multis*, Trib. Milano, 8 gennaio 2019, cit.; App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, cit.

<sup>17</sup> Secondo un diverso orientamento la violazione degli obblighi informativi nei servizi di investimento comporta la nullità virtuale di cui all'art. 1418, comma 1 c.c. V., *ex multis*, ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; SARTORI, *Il mercato delle regole. La questione dei bonds argentini*, in *Giur. It.*, 2005, 58; PIAZZA, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari inadeguati al profilo del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1027.

<sup>18</sup> V. *ex multis*, Trib. Bari, 7 gennaio 2019, n. 46, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Bologna, 29 novembre 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009; Trib. Torino, 17 gennaio 2014, in *BBTC*, 2016, 177; Trib. Bari, 15 luglio 2010 e Trib. Monza, 17 luglio 2012, in *NGCC*, 2013, 139.

Sulla nozione di causa in concreto del contratto v. tra i tanti ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 978; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1963, 370; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. Priv.*, 2009, 334.

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, cit. Anche la giurisprudenza di merito successiva spesso fa confusione su dove debba ricadere, nell'ipotesi di specie, la predetta nullità. Sul punto, v. Trib. Frosinone, 28 febbraio 2023, n. 248, in *De Jure*; Trib. Parma, 2 maggio 2022, in *Redazione Giuffrè*, 2022; App. Torino, 7 aprile 2022, n. 391, in *Redazione Giuffrè*, 2022; App. Venezia, 23 dicembre 2021, n. 3113, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>20</sup> Sul punto, v. PAGLIANTINI, *Dopo le S. U. 8770/2020*, cit.; ANOLLI, PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare*, cit., 216.

la mancanza o l'interminabilità dell'oggetto, oppure, se possa incidere sul consenso, oppure ancora, se si concretizzi in una ipotesi di nullità per mancanza di causa in concreto.

### 3. La nullità per mancanza o indeterminatezza dell'oggetto

Nell'ambito dell'indirizzo interpretativo che ha affermato la nullità del contratto di *interest rate swap* per la mancanza nel contratto di alcuni elementi informativi, un primo orientamento<sup>21</sup> ha ritenuto appunto che la mancata indicazione del *mark to market* determini la nullità assoluta dell'intero contratto per mancanza o indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1418 c.c.<sup>22</sup>.

Secondo il predetto indirizzo interpretativo, il *mark to market*, oltre a permettere la determinabilità del montante tempo per tempo dovuto dal cliente in caso di cessazione anticipata del contratto rispetto alla scadenza, è ulteriormente da considerarsi, in corso di rapporto, rappresentativo del valore degli scambi previsti tra le parti di flussi finanziari, questi ultimi oggetto stesso del contratto derivato<sup>23</sup>.

Si afferma in particolare che, per definizione, il *mark to market* non può essere pattuito in modo determinato, trattandosi di valore destinato necessariamente a mutare a seconda del momento del suo calcolo e dello scenario di riferimento di volta in volta esistente; affinché si possa ritenere il *mark to market* determinabile è necessario che venga esplicitata la formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente. Ciò è doveroso in quanto detta operazione può essere condotta facendo ricorso a formule matematiche differenti, tutte equivalenti sotto il profilo della correttezza scientifica, ma tali da poter portare a risultati anche notevolmente diversi tra loro. Pertanto, sempre secondo l'indirizzo richiamato, se ai fini della determinazione del *mark to market* si prendessero in considerazioni le sole rilevazioni periodiche del tasso di interesse di riferimento, senza indicare anche il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico, in realtà non si renderebbe il dato contrattuale effettivamente determinabile, sostanzialmente rimanendo lo stesso unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dal soggetto interessato<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Trib. Milano, 8 gennaio 2019, n. 63, cit.; App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, cit.; Trib. Milano, 9 marzo 2018, in *NGCC*, 2018, 1381.

<sup>22</sup> Trib. Milano, 9 marzo 2016, cit.; Servida, *Interest rate swap, mark to market e determinazione dell'oggetto del contratto*, in *www.dirittobancario.it.*, 2016; App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, cit.

<sup>23</sup> Con riferimento alla nullità del contratto per mancanza di oggetto, in giurisprudenza, v. Trib. Matera, 27 ottobre 2021, n. 733, in *Redazione Giuffrè*, 2021; App. Brescia, 7 febbraio 2019, n. 243, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

<sup>24</sup> In mancanza di esplicitazione del criterio di calcolo del *mark to market*, il valore attribuito alla banca risulta sostanzialmente non verificabile e, quindi, rimesso alla rilevazione arbitraria di

In conclusione, sempre secondo l'indirizzo interpretativo citato, dovendo l'oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate o quanto meno determinabili, pena la nullità del contratto medesimo, sarà necessario che nel regolamento contrattuale venga indicato il metodo di calcolo di tale valore in mancanza del quale la quantificazione del *mark to market* si risolve in una determinazione di una delle parti non verificabile dall'altra e quindi non determinabile, con la conseguente nullità dell'intero contratto ex art. 1418 c.c.<sup>25</sup>.

Secondo l'orientamento citato, la circostanza per cui la mancata indicazione del *mark to market* incide sull'oggetto del contratto trova poi conferma indiretta nel testo legislativo, là ove si stabilisce che le società debbano, nella nota integrativa di bilancio, indicare il *fair value* del contratto derivato (art. 2427-bis c.c.),<sup>26</sup> ossia il valore in sé del contratto (e quindi il *mark to market*); tale disposizione conferma come il *mark to market* stesso, lungi dal configurarsi solo come elemento eventuale del contratto, sia piuttosto una componente necessaria del suo oggetto, tanto da dover essere esplicitata in sede di bilancio.

Tuttavia, l'indirizzo di cui si è dato conto non sembra condivisibile. Infatti, indipendentemente dal significato che si voglia attribuire al termine "oggetto", occorre fin da subito precisare come il *mark to market* (così come anche i costi impliciti che rappresentano il corrispettivo per una pluralità di costi e rischi che incombono sulla banca nonché

---

una delle parti del contratto. Trib. Milano, 8 gennaio 2019, cit.

<sup>25</sup> Secondo il suddetto indirizzo interpretativo – che attribuisce al contratto di *interest rate swap* una natura aleatoria – il rischio finanziario sotteso al negozio in esame deve essere tecnicamente misurabile, sulla base di criteri e modelli che il regolamento contrattuale, ovvero la disciplina applicabile, richiami testualmente.

Conseguentemente, la trasparenza del rischio impone che l'accordo abbia ad oggetto a pena di nullità (art. 1325 n. 1, c.c.) il valore finanziario (*mark to market*) ed il differenziale di probabilità, nonché i criteri ed il modello utilizzati per calcolarli. Il valore finanziario al momento della conclusione deve essere espresso da un numero che rappresenta la sintesi della distribuzione delle probabilità e pertanto il *mark to market* – che costituisce il valore probabilistico che *ex ante* si assegna al differenziale a scadenza del derivato, calcolato sulla base di determinati criteri – rappresenta un elemento essenziale del contratto, configurandosi come il suo oggetto.

<sup>26</sup> In senso contrario, v. Trib. Milano, 9 ottobre 2020, in *De Jure*, ove si afferma che "ammesso di ritenere per ipotesi che *mark to market* corrisponda al *fair value* – che deve essere integrato nella nota integrativa al bilancio per ciascuna categoria di strumenti finanziari derivati – in ogni caso da tale norma non potrebbe dedursi che l'indicazione del medesimo sia obbligatoria nel contratto poiché altrimenti al comma 3, laddove viene disciplinata la determinazione del *fair value*, il Legislatore avrebbe dovuto indicare al primo posto proprio il metodo di stima pattuito nel contratto dalle parti e solo in mancanza dettare i criteri. Invece il Legislatore disciplina il criterio di determinazione del *fair value* indistintamente per tutte le ipotesi, sia che sia stato pattuito un metodo di stima nel contratto derivato sia nell'ipotesi in cui manchi". Analogamente, con riferimento all'art. 203, comma 2 TUF, ammesso che il *mark to market* corrisponda al costo di sostituzione previsto da tale norma, si esclude che l'indicazione di tale costo sia obbligatoria nel contratto di *interest rate swap*, fermo restando che, anche in tal caso, il Legislatore non prevede alcuna formula matematica.

gli scenari probabilistici che prevedono i valori dei contratti derivati in una data futura) non possa essere considerato l'“oggetto” stesso del contratto di *interest rate swap*.

Il *mark to market* attiene infatti al valore dello *swap* e quindi alla c.d. economicità del contratto e non risulta determinante ai fini della valutazione della sussistenza dell'oggetto del negozio in esame che è rappresentato dai flussi finanziari che le parti si obbligano a scambiarsi ad ogni scadenza<sup>27</sup>.

A conferma di come il *mark to market* non possa essere considerato l'oggetto del contratto<sup>28</sup> occorre altresì considerare che detto valore diviene operante solamente nel caso in cui si proceda ad una chiusura anticipata del rapporto e pertanto rappresenta un elemento contrattuale solamente eventuale e non necessario, non assumendo alcuna rilevanza nella fase genetica del rapporto medesimo<sup>29</sup>.

Proprio per tali ragioni il *mark to market* non può essere considerato come requisito essenziale del negozio, né rappresenta la cosa o il bene, né la prestazione dedotta in contratto, con la conseguenza che la nullità per indeterminatezza della sua pattuizione non si riflette sull'intero negozio.

In altri termini ancora, anche in mancanza dell'indicazione del *mark to market*, il contratto contiene le indicazioni sufficienti a rendere determinato o determinabile l'accordo contrattuale<sup>30</sup> ed il nucleo essenziale del rapporto contrattuale è direttamente sta-

<sup>27</sup> Coll. Arbitrale Bologna, 10 febbraio 2017, Arbitri Bontempi, Ghirelli, Tarabusi, in *www.ilcaso.it*; Conformi Coll. Arbitrale Milano, 23 settembre 2015, Arbitri Iudica, Carbonetti, Guzzetti.

<sup>28</sup> Trib. Bologna, 15 dicembre 2020, in *De Jure*, ove si afferma che la specificazione del *mark to market* iniziale non è di alcuna utilità, atteso che fotograferebbe una situazione contingente alla data della stipula che non assume alcuna rilevanza visto che il contratto non si chiude alla data della stipulazione.

<sup>29</sup> Sul punto, AMARI, *Le ipotesi di nullità del contratto di swap analizzate dai Giudici di legittimità e di merito*, in *www.dirittobancario.it.*, 2016, 1; TUCCI, *Contratti derivati: determinazione dell'alea e determinabilità dell'oggetto*, cit., 229.

<sup>30</sup> Le formule utilizzate dalla giurisprudenza per individuare i requisiti minimi che soddisfano le esigenze di determinabilità sono ambigue. Le Corti affermano che la determinatezza e determinabilità del contratto non vanno intese in maniera rigorosa, “dovendosi ritenere sufficientemente identificato tale oggetto, quando sia indicato nei suoi elementi essenziali”. Cass., 19 agosto 1971, n. 2561, in *Rep. Giust. Civ.*, 1971, *Obbligazioni e contratti*, nn. 320 e 321. Secondo cui la disposizione dell'art. 1346 c.c. che prescrive la determinatezza o determinabilità dell'oggetto “non va intesa in senso assoluto, dovendosi ritenere sufficientemente identificato l'oggetto del contratto quando sia indicato nei suoi elementi essenziali, mentre non è richiesta una precisa indicazione di tutti i particolari”; pertanto, il requisito della determinatezza assume carattere più o meno rigoroso in relazione alla natura e al contenuto del negozio (Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008). Sulla determinatezza, v. PANUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972, 28 ove si afferma che non sussiste un netto confine tra determinatezza e determinabilità, “esiste piuttosto un graduale processo di determinazione, per cui l'oggetto già inizialmente determinato per qualche profilo si viene via via determinando per tutti gli altri profili occorrenti alla realizzazione concreta del credito”. In argomento, v. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1991, 799; Bianca, *Diritto civile*, cit. 327, ove si afferma che “il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto esprime una elementare esigenza di concretezza

bilito dalle parti a prescindere dalla circostanza per cui sia stato indicato o meno il *mark to market*<sup>31</sup>.

Pertanto, il *mark to market*<sup>32</sup> medesimo non rappresenta un costo necessariamente pagato dal cliente<sup>33</sup>, ma un valore, la cui stima coinvolge diversi aspetti previsionali<sup>34</sup>, che viene dato in un determinato momento della vita del contratto derivato e, pertanto, di per sé non comporta alcuna conseguenza giuridica sulla posizione delle parti, non traducendosi né in una perdita economica, né in un obbligo di pagamento<sup>35</sup>.

D'altra parte, affermare che il *mark to market* rappresenta un elemento essenziale<sup>36</sup> del contratto derivato<sup>37</sup> sarebbe come ritenere che nei contratti di compravendita immo-

---

dell'atto contrattuale e cioè l'esigenza che le parti sappiano fondamentalmente quale è l'impegno che assumono" (Sacco, in Sacco, De Nova, *Il contratto*, cit., 117; GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relationem*, Milano, 1965, 83).

<sup>31</sup> Sulla determinabilità dell'oggetto, in giurisprudenza, v. Cass., 19 novembre 2020, n. 26351, in *Guida al dir.*, 2020, 86.

<sup>32</sup> Ne consegue che l'indicazione del *mark to market* non è quindi in grado di stimare l'attendibilità del costo ed i ricavi dello strumento derivato al momento della stipula del contratto non essendo possibile attribuire ad un elemento matematico di utilità trascurabile il rilievo dalla presenza della causa del contratto (nello stesso senso, DOLMETTA, *Bocciati i derivati con troppe tutele a favore della banca*, in *Norme e tributi de il Sole 24 Ore*, 4 aprile 2016, 25; Coll. Arbitrale Milano, 10 febbraio 2015, Arbitri Nuzzo, Picozzi, Rimini, in *Giur. Comm.*, 2016, 285, con nota di AMARI, *Le ipotesi di nullità del contratto di swap analizzate dai Giudici di legittimità e di merito*, in *www.dirittobancario.it*, 2016, 1; Coll. Arbitrale Bologna, 10 febbraio 2017, Arbitri Bontempi, Ghirellani, Tarabusi, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino, 12 aprile 2017, *www.iusletter.it*, con nota di ZILLI; Trib. Milano, 19 aprile 2011, in *Giur. Comm.*, 2011, II, 748).

<sup>33</sup> Trib. Milano, 19 marzo 2021, cit.

<sup>34</sup> Trib. Terni, 8 febbraio 2012, in *www.dirittobancario.it*.

<sup>35</sup> Ciò perché, appunto, il *mark to market* indica una proiezione in termini di attualizzazione e non un valore reale, CAPUTO NASSETTI, *Funzione di copertura parziale di uno swap di pagamenti e mancanza della formula di calcolo del mark to market: la babele continua*, cit., 449. In senso contrario, CORAZZA, *Causa, meritevolezza e razionalità dei contratti derivati*, in *BBTC*, 2016, 190.

<sup>36</sup> Se dunque il *mark to market* è un parametro idoneo ad individuare il valore del contratto in un dato momento storico, ciò non significa che detto valore possa non incidere nel giudizio causale; qualora un contratto sia senza valore per una parte esso sarà privo di causa (e pertanto nullo) non già perché il valore non è stato espresso, ma perché una delle parti non consegue nulla dal contratto (CAPUTO NASSETTI, *Funzione di copertura parziale di uno swap di pagamento*, cit., 433; Fornasari, *Alea e scambio: il caso dei contratti derivati*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2021, 81).

<sup>37</sup> Critica detta soluzione anche FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, Padova, 2022, 142; ID., *Alea e scambio: il caso dei contratti derivati*, cit., 82, il quale osserva come risulti contraddittorio affermare che la causa è assente se il *mark to market* non è espresso, mentre essa è presente qualora quel medesimo valore sia dichiarato. "Infatti, la causa del contratto non può dipendere dalla comunicazione del valore". Senza contare che, "contrariamente a quanto sembra suggerire tale approccio, il derivato può essere privo di causa ed immeritevole di tutela anche qualora il *mark to market* sia espresso. Tale orientamento, infatti, esaurisce il giudizio causale nel controllo circa l'espressione del *mark to market* e non fornisce criteri al fine di espletare tale valutazione in relazione ad ulteriori parametri".



biliari il venditore sia obbligato a pena di nullità ad indicare il valore di mercato dell'immobile compravenduto (o meglio, la formula matematica diretta ad individuare il valore in un tempo determinato) e che le compagnie assicurative debbano indicare (sempre a pena di nullità del contratto) il valore di mercato della polizza (o più precisamente la formula matematica diretta ad individuare il valore) rispetto al premio pagato<sup>38</sup>.

#### 4. La nullità per mancanza di accordo

Secondo un diverso orientamento, l'eventuale determinazione unilaterale del *mark to market* da parte dell'intermediario ovvero il generico richiamo a non ben definiti usi per la stima del suo valore nonché la mancata indicazione dei costi impliciti e degli scenari probabilistici comportano l'invalidità del contratto di *interest rate swap* per mancanza di accordo ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1325, n. 1 e 1418, comma 2 c.c.<sup>39</sup>.

In base al predetto indirizzo interpretativo<sup>40</sup> la mancata osservanza da parte dell'intermediario dei doveri di correttezza e degli obblighi di informazione preclude al cliente di esprimere un consenso libero e consapevole e quindi pregiudica la formazione dell'accordo delle parti determinando la nullità del contratto medesimo<sup>41</sup>.

In forza della suddetta linea interpretativa<sup>42</sup>, la disinformazione comporta la mancanza del consenso e rende la volontà di quel contratto del tutto non autentica.

In detta ipotesi, infatti, l'accordo non scaturirebbe dall'effettivo e consapevole incontro di due volontà libere, quanto piuttosto dall'imposizione di condizioni di una parte nei confronti dell'altra.

Conseguentemente, secondo l'orientamento in esame, ai fini della formazione dell'accordo sull'oggetto del contratto di *interest rate swap*, sarebbe necessario esplicitare i costi impliciti, gli scenari probabilistici nonché individuare i passaggi matematici e finanziari che si sono resi necessari per il calcolo del *mark to market*<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> DANUSSO, *Derivati: la Sentenza della Cassazione 8770 del 2020 e le azioni americane di Calvino. Funzione nomofilattica, esattezza e coerenza*, cit.

<sup>39</sup> SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, 1359.

<sup>40</sup> MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, cit., 1111.

<sup>41</sup> In senso contrario v. già la Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit. In argomento, v. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, cit., 37.

<sup>42</sup> Sostenuta anche da MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, a cura di MAFFEIS, Milano, 2014, 4.

<sup>43</sup> Trib. Bologna, 5 gennaio 2021, n. 10, in *Redazione Giuffrè*, 2021.

Anche questa soluzione non convince. In primo luogo, sotto un profilo più generale, occorre constatare come, qualora manchi l'accordo, il negozio non risponderebbe più alla nozione di contratto e pertanto sarebbe non già nullo, ma inesistente<sup>44</sup>.

Infatti, secondo una prospettiva rigorosamente volontaristica, la mancanza di accordo condurrebbe all'inesistenza, non già alla nullità che sarebbe inutilmente pronunciata per un negozio che non è nemmeno venuto ad esistenza<sup>45</sup>; in mancanza di un fatto o un atto rispondente alla nozione di contratto, non sarebbe ravvisabile un atto di autonomia privata<sup>46</sup>.

Non solo. Ma anche allontanandosi da una prospettiva volontaristica e limitandosi al testo normativo, si è osservato come, secondo il disposto di cui all'art. 1321 c.c., l'esistenza del contratto presuppone l'accordo e quindi si potrebbe dubitare della razionalità della legge, perché se manca l'accordo manca il contratto ed allora non avrebbe alcun senso comminare la nullità<sup>47</sup>.

Senza contare che il *mark to market* rappresenta un valore che non dipende dalla volontà delle parti, con la conseguenza che non si può formare l'accordo su elementi che trascendono la volontà dei contraenti stessi.

Ciò premesso, sempre a conferma di come non sia accoglibile la tesi secondo cui la mancata informazione degli elementi informativi di cui si è detto comporti la nullità del contratto di *interest rate swap* per mancanza di consenso, occorre altresì constatare che l'accordo si deve formare sull'oggetto del contratto.

Quindi, se l'accordo si forma quando la volontà dei contraenti confluisce sull'oggetto del contratto<sup>48</sup>, qualora manchi l'indicazione degli elementi informativi di cui si è dato conto (ed in particolare, la questione si pone sempre con riferimento al *mark to market*, ma le medesime considerazioni valgono anche con riguardo ai costi impliciti ed ai calcoli probabilistici), non può aversi nullità del contratto per mancanza di consenso, proprio perché – come precedentemente rilevato – detti elementi non rappresentano l'oggetto del contratto in esame.

In termini conclusivi, dunque, non è possibile sostenere che l'assenza dell'indicazione del *mark to market*, dei costi impliciti o degli scenari probabilistici comporti la

---

<sup>44</sup> La distinzione tra nullità ed inesistenza è ammessa dalla dottrina prevalente anche se non risulta chiaro individuare quali siano i requisiti affinché il contratto possa dirsi esistente (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 242; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 569).

<sup>45</sup> GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, 2° ed., 2006, 1460.

<sup>46</sup> Sull'inesistenza, v. *inter alia*, Fedele, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 27; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 345; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, 473.

<sup>47</sup> GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1460.

<sup>48</sup> DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, Tomo VII, Torino, 2002, 65, ove si afferma che "l'area occupata dalla nullità, sul terreno (della carenza) dell'accordo, si identifica con quelle ipotesi in cui è più che visibile che non si è verificata confluenza della volontà dei contraenti sull'oggetto del contratto".

nullità dell'intero contratto per mancanza di consenso perché detti elementi informativi non rappresentano l'oggetto<sup>49</sup> del contratto su cui deve confluire<sup>50</sup> la volontà delle parti<sup>51</sup>.

Con specifico riguardo al *mark to market*<sup>52</sup>, si può osservare come la sua indicazione non sia imposta espressamente dalla disciplina di legge quale elemento costitutivo dell'accordo, perché esso non esprime un valore concreto ed attuale, ma esclusivamente una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato del contratto, presentandosi pertanto quale elemento esterno alla struttura del contratto ed integrando, sostanzialmente, una valutazione previsionale sull'andamento dei tassi sottostanti l'operazione durante la vita del derivato<sup>53</sup>.

Per quanto concerne invece i costi impliciti<sup>54</sup>, si è contestato come non abbia senso parlare di accordo, visto che, con riferimento al predetto elemento informativo, l'accordo non manca mai perché di fatto i costi impliciti medesimi confluiscono nel prezzo complessivo dell'*interest rate swap*<sup>55</sup>. D'altra parte, anche qualora si compri, per esempio, un titolo di Stato, dollari o yen, bond corporate, azioni quotate il prezzo comprende sempre i costi impliciti, seppure non sia obbligatorio esplicitarli ai fini della validità del contratto. Nella stessa prospettiva, dunque, anche con riguardo ad un *interest rate swap* o ad un altro derivato, la banca offre un prezzo (in questo caso un tasso fisso o un premio di un *cap* su tassi di interesse). Lo stesso identico contratto può essere offerto a clienti diversi a prezzi diversi (ad un cliente la banca potrebbe, per esempio, volere applicare un

<sup>49</sup> Sul punto, v. la Relazione tenuta da Gentili nel Convegno "La Corte di Cassazione in materia di *interest rate swap*", il 12 Febbraio 2021.

<sup>50</sup> GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, cit. 23, ove si afferma che, l'assenza di detti elementi possa condurre non già ad una mancanza, bensì ad un "inquinamento" del consenso.

<sup>51</sup> DI MAJO, *La nullità*, in *Il contratto in generale*, cit., 62.

<sup>52</sup> Quindi al massimo il *mark to market* può essere oggetto di informazione (sul punto, Relazione tenuta da Gentili, nel Convegno "La Corte di Cassazione in materia di *interest rate swap*", il 12 Febbraio 2021).

<sup>53</sup> Trib. Taranto, 10 marzo 2015, in *Redazione Giuffè*, 2015.

<sup>54</sup> Nel *paper* che ha introdotto il concetto nel dibattito finanziario italiano, gli scenari probabilistici rappresentano gli scenari di probabilità del controvalore finale del capitale investito; essi sono capaci di offrire una sintesi dei possibili esiti dell'investimento al netto dei costi applicati e permettono di apprezzare meglio il rischio di *performance* del prodotto, "inteso come capacità di quest'ultimo di creare valore aggiunto per l'investitore con probabilità più o meno elevate" (CONSOB, *Un approccio quantitativo risk-based per la trasparenza dei prodotti non equity*, in *Quaderni di Finanza*, n. 63, Aprile 2009, 14). Le indicazioni del *paper* sono parzialmente riprese nella Comunicazione CONSOB n. 9019104 del 2 marzo 2009 in materia di prodotti finanziari illiquidi distribuiti agli investitori *retail*, ove si legge che "per illustrare il profilo di rischio di strutture complesse, è utile che l'intermediario produca al cliente anche le risultanze di analisi di scenario di rendimenti da condursi mediante simulazioni effettuate secondo metodologie oggettive (ossia rispettose del principio di neutralità del rischio)" (n. 15).

<sup>55</sup> Con la conseguenza che non c'è la necessità di trovare un accordo su una parte già ricompresa nell'intero sul quale c'è accordo (Relazione tenuta da Gentili, nel Convegno "La Corte di Cassazione in materia di *interest rate swap*", cit.).

trattamento di favore; nei confronti di un altro potrebbe percepire, invece, un rischio di credito/sostituzione molto elevato).

L'unica differenza tra un *interest rate swap* e la vendita di titoli, azioni, dollari è che nell'*interest rate swap* il compenso della banca è spalmato sulla durata del contratto mentre negli altri casi è incluso nel prezzo *una tantum*.

La mancata indicazione del costo implicito (e quindi la mancata esplicitazione del valore negativo iniziale per il cliente) non comporterebbe in nessun caso la nullità del contratto ma, tutt'al più, l'obbligo per la banca di restituire tale valore, sempre che non si ritenga che lo stesso debba comunque essere liquidato dal giudice, ai sensi dell'art. 1709 c.c. quale compenso spettante alla banca per il servizio fornito, in assenza di una sua esplicita determinazione<sup>56</sup>.

Per quanto concerne gli scenari probabilistici, occorre osservare come anche la loro mancata indicazione non incida sugli elementi strutturali del contratto di *interest rate swap*, atteso che questi potrebbero assolvere eventualmente alla mera funzione di valutare l'adeguatezza dell'operazione rispetto al cliente.

Lo scenario probabilistico dovrebbe essere finalizzato a rendere maggiormente consapevole il cliente stesso del rischio assunto e potrebbe risultare altresì uno strumento di controllo *ex post* sul puntuale adempimento da parte dell'intermediario dell'obbligo precontrattuale di proporre un contratto adeguato alle esigenze dell'investitore.

I succitati obblighi informativi potrebbero eventualmente attenere alla convenienza del contratto o alla sua adeguatezza, ma non alla sua natura o al suo oggetto, con la conseguenza che gli stessi non risultano in alcun modo idonei ad interferire con la formazione della determinazione volitiva del paciscente<sup>57</sup>.

Tuttavia, anche qualora si volesse aderire alla tesi secondo la quale la mancata indicazione del *mark to market*, dei costi impliciti o dei calcoli probabilistici comporti la nullità del contratto per mancanza di accordo e che quindi nella fase negoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario abbia inquinato il consenso della controparte, non pare possibile sostenere che solamente per questa ragione manchi completamente il consenso. Appare improbabile che il consenso stesso possa mancare del tutto solamente perché non sono stati specificati la remunerazione dei costi e del margine di intermediazione, oppure non sia stata indicata la formula per calcolare la stima di valore di un contratto derivato ad una certa data, oppure ancora, non siano esplicitati i rendimenti attesi sulla base di non bene definiti calcoli probabilistici<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Trib. Milano, 14 ottobre 2020, n. 6224, in *Redazione Giuffrè*, 2021.

<sup>57</sup> PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *NGCC*, 2006, 902.

<sup>58</sup> GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, cit., 43, il quale sottolinea come la nullità del contratto per mancanza di accordo rischia di essere una ipotesi vuota.

## 5. La nullità per mancanza di causa in concreto

Secondo un diverso indirizzo interpretativo, l'omessa esplicitazione al cliente del valore del derivato, degli eventuali costi impliciti e degli scenari probabilistici<sup>59</sup>, incidendo sulla misurabilità dell'alea, comporta la nullità del contratto di *interest rate swap* per mancanza di causa in concreto (art. 1418 comma 2 c.c.) e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c.<sup>60</sup>.

In forza del predetto orientamento – secondo cui appunto il contratto di *interest rate swap* viene classificato come contratto aleatorio e ricondotto nell'ambito delle scommesse – la circostanza che, al momento della conclusione del contratto, l'investitore non conoscesse i predetti elementi informativi, comporta la radicale nullità del contratto di *interest rate swap* per mancanza di causa in concreto, perché esclude che l'investitore stesso abbia potuto concludere la scommessa conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, l'intermediario aveva perfetta conoscenza del proprio rischio, avendolo misurato scientificamente e su di esso predisposto lo strumento finanziario<sup>61</sup>.

Le Sezioni Unite<sup>62</sup> della Cassazione, sulla scia dell'indirizzo interpretativo accolto dalla Corte d'Appello di Milano del 18 settembre 2013<sup>63</sup>, sembrano – in modo non sempre lineare – accogliere il predetto orientamento ed affermano che, nei contratti di *interest rate swap*, qualora l'intermediario non abbia posto l'investitore nella condizione di com-

---

<sup>59</sup> La questione si pone anche con riguardo ai criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso.

<sup>60</sup> App. Milano, 18 settembre 2018, in *BBTC*, 2014, 291, con nota di TUCCI, Interest rate swaps: "causa tipica" e "causa concreta"; in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, 309, con nota di DI RAIMO, Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?, in *Giur. Comm.*, 2014, 630, con nota di MILANESI, L'invalidità dei derivati over the counter. Causa tipica e razionalità dell'alea; in *Giur. It.*, 2014, 1881, con nota di Gigliotti, Obblighi informativi e misurabilità dell'alea tra comportamento di buona fede, oggetto e causa del contratto di Interest Rate Swap.

Conforme v. anche App. Bologna, 11 marzo 2014, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Torino, 17 gennaio 2014, in *Corr. Giur.*, 2015, 44; Cass., 29 luglio 2021, n. 21830, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>61</sup> App. Milano, 18 settembre 2013, in *BBTC*, 2014, II, 278, con nota di Tucci; Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52, in *Contr.*, 2010, 1109; Trib. Bologna, 29 novembre 2018, cit.; Trib. Bologna, 3 luglio 2018, in *De Jure*.

<sup>62</sup> PERRONE, *La Cassazione e i derivati. Una sentenza da maneggiare con cura*, in *ilsole 24 ore.com*, il quale osserva come il principio di diritto enunciato dalla sentenza non è coerente con il quesito sottoposto alle Sezioni Unite; infatti, l'ordinanza di remissione chiedeva di accertare la conformità di un contratto derivato a specifiche disposizioni di finanza pubblica, mentre, invece, la *regula iuris* concerne i problemi generali relativi alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto.

<sup>63</sup> App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, cit.; in senso conforme, v. anche App. Trieste, 28 maggio 2020, n. 227, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Pescara, 31 marzo 2020, n. 300, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Foggia, 13 febbraio 2019, n. 468, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Piacenza, 8 ottobre 2018, n. 653, in *Redazione Giuffrè*, 2018.

piere una scommessa razionale, fornendogli tutte le informazioni all'uopo necessarie, il contratto derivato debba ritenersi nullo per difetto di causa.

In altri termini ancora, seguendo il predetto indirizzo giurisprudenziale, l'individuazione del rischio assurge ad elemento essenziale ed imprescindibile della causa negoziale, con la conseguenza che, affinché un contratto di *interest rate swap* con funzione di copertura sia valido, è necessario che l'alea sia "razionale" e quindi che l'investitore sia consapevole del diverso livello di rischio assunto rispetto alla banca.

La giurisprudenza<sup>64</sup> ha poi specificato come tale accordo non si possa limitare al c.d. *mark to market*, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici<sup>65</sup> e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni nel tempo dei tassi di interesse<sup>66</sup>.

La suddetta soluzione<sup>67</sup> sembra porsi in linea, oltre che con la generale tendenza a proteggere sempre più l'investitore<sup>68</sup>, anche con il principio di autoresponsabilità<sup>69</sup>; infatti, aderendo al predetto indirizzo interpretativo, il contratto che qui ci occupa risulta valido solamente nell'ipotesi in cui venga concluso con l'esplicitazione di tutti gli elemen-

<sup>64</sup> Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, cit.

<sup>65</sup> DANUSSO, *Derivati: la Sentenza della Cassazione 8770 del 2020 e le lezioni americane di Calvino. Funzione nomofilattica, esattezza e coerenza*, cit.; ANOLLI, PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un'analisi interdisciplinare*, in cit., 206, criticano il riferimento delle Sezioni Unite agli scenari probabilistici come strumento per misurare l'alea e diretto a consapevolizzare l'investitore circa i rischi dell'operazione. Sul punto, v. anche NATOLI, *Tutto ciò che è reale, se non è razionale, è nullo*, in *www.dirittobancario.it*, secondo cui, in punto di stretto diritto civile, gli scenari probabilistici rilevano sulla formazione della volontà "e dunque possono al più schiudere le porte dell'annullamento, non certo della nullità".

<sup>66</sup> Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, cit.

<sup>67</sup> Trib. Milano, 20 gennaio 2013, in *Giur. Comm.*, 2017, 438; Trib. Terni, 8 febbraio 2012, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Milano, 20 gennaio 2020, cit.; Trib. Milano, 15 novembre 2019, in *Pluris*. Sul punto, v. Caputo Nasseti, *Funzione di copertura parziale di uno swap di pagamenti e mancanza della formula di calcolo del mark to market: la babele continua*, in *Giur. Comm.*, 2017, 447. *Contra*, Angelici, *Alla ricerca del derivato*, cit., 186.

<sup>68</sup> Sul punto, v. anche Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 18314 e Cass., 24 aprile 2018, n. 10116. Sul punto, v. La Rocca, *Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in materia di "nullità selettiva" e il sistema della MiFID II (ovvero "dell'obbligo di porgere l'altra guancia")*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2020, 53. V. anche la Direttiva 2014/65 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la Direttiva 2002/92/CE e la Direttiva 2011/61/UE.

<sup>69</sup> Sul principio di autoresponsabilità, v. *inter alia*, PUCCELLA, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *NGCC*, 1990, 1; MARICONDA, *Art. 1227, secondo comma, c.c. e rapporto di causalità*, in *Corr. Giur.*, 1990, 718; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1966, 106; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Milano, 2006, 433 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3° ed., Padova, 2005, 692; CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, in *Il codice civile commentato*, fondato e già diretto da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, *Art. 1227*, Milano, 2015, 32 ss.; MAGLI, *Il danno da alimenti tra responsabilità del produttore e stile di vita del consumatore*, Padova, 2018, 217 ss.

ti che permettono al cliente medesimo di valutare il grado di rischio assunto e di potere quindi esprimere una valutazione ponderata.

Tuttavia, l'indirizzo richiamato risulta "pericoloso" perché fa scaturire la nullità dalla violazione di un obbligo informativo<sup>70</sup>; il mancato accordo sull'alea negoziale rilevarebbe come difetto funzionale del contratto, con la conseguenza che, in tal modo ragionando, si trasferirebbe all'interno della stessa struttura del contratto derivato il difetto di informazione in cui è incorso l'intermediario prima del perfezionarsi dell'operazione di investimento<sup>71</sup>.

Il predetto orientamento non appare condivisibile.

Infatti, secondo detta linea interpretativa i rischi e i costi dell'operazione rappresentano i requisiti per una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale ed in tal modo ragionando si sposta sul piano degli elementi essenziali del contratto ciò che il diritto dei mercati finanziari considera oggetto di un dovere di informazione spettante all'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento (art. 21, comma 1, lett. b, TUF; art. 28, comma 2, Regolamento CONSOB 1 luglio 1998, n. 11522 applicabile al momento in cui si riferisce il fatto).

Senza contare che, qualora si accogliesse la predetta soluzione, ci si porrebbe in contrasto con la precedente decisione delle stesse Sezioni Unite del 2007<sup>72</sup> e si legittimerebbe quel trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto.

Cionondimeno, l'orientamento di cui si è dato conto non convince anche per altre ordini di ragioni.

Se la causa in concreto rappresenta la ragione pratica del contratto, ossia l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a realizzare<sup>73</sup>, occorre constatare come detto inte-

<sup>70</sup> CAPUTO NASSETTI, *Un salto indietro di trent'anni: "swap uguale scommessa"*, cit., 288.

<sup>71</sup> DOLMETTA, *Introduzione speculazione e prudenza*, in *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, a cura di Maffei, Milano, 2014, XVIII.

<sup>72</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, ove sia afferma che "La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può, però, determinare la nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.". Per un approfondimento sul punto, v., *inter alia*, Prosperi, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr. e impr.*, 2008, 936; SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cass., (S.U.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Il dir. Fall. Soc. Comm.*, 2008, 1.

<sup>73</sup> Oltre alla voce *Causa (diritto privato)* del Giorgianni, in *Enc. Dir.*, VI, 547; BESSONE, *Adempimen-*

resse venga conseguito indipendentemente dalla sussistenza o meno dell'informazione concernente il *mark to market*, i costi impliciti e gli scenari probabilistici<sup>74</sup>.

In altri termini ancora, il contratto di *interest rate swap* realizza la sua funzione<sup>75</sup> indipendentemente dalla circostanza per cui vengano o meno indicati i predetti elementi informativi.

Qualora si accolga la tesi secondo la quale la finalità di copertura o di speculazione rappresenta la causa concreta del contratto (e che, quindi, gli intenti soggettivi contrattuali penetrano nella causa contrattuale) occorre constatare che la realizzazione della finalità di copertura o di speculazione prescinderebbe dalla circostanza per cui sia stata o meno comunicata la formula per calcolare il valore del derivato ad una certa data, oppure i costi impliciti o gli andamenti attesi, ma dipenderebbe esclusivamente da come è strutturato il contratto e dall'andamento dei tassi di interesse nel corso del rapporto.

In altre parole, la realizzazione dello scopo perseguito dal derivato prescinde dall'informativa concernente la stima di valore di un contratto derivato in un preciso momento storico oppure della pluralità di costi e rischi che incombono sulla banca oppure ancora degli scenari probabilistici.

Risulterebbe infatti contraddittorio affermare, per esempio, che la causa è assente se il *mark to market*, i costi impliciti o gli scenari probabilistici non sono espressi, mentre è presente qualora quei medesimi elementi vengano dichiarati, atteso che la causa di un contratto di *interest rate swap* non può dipendere dalla comunicazione di un valore, di un costo o di uno scenario di probabilità; senza contare che, contrariamente poi a quanto sembra suggerire tale soluzione, il derivato potrebbe essere immeritevole di tutela anche qualora il *mark to market*, i costi impliciti o gli scenari probabilistici siano espressi<sup>76</sup>.

Inoltre – ed è questo un aspetto su cui preme porre per un istante l'attenzione – sempre qualora si aderisca alla tesi secondo cui la finalità perseguita dalla predetta fattispecie contrattuale si riflette sulla struttura contrattuale e ne informa la funzione negoziale – la soluzione che riconduce la mancanza di determinati elementi informativi alla nullità per mancanza di causa in concreto, non solo non potrebbe essere accolta con

---

*to e rischio contrattuale*, Milano, 1969; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, II, 1379; Breccia, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto privato europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002; Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

<sup>74</sup> Trib. Milano, 20 gennaio 2020, cit.; Trib. Milano, 15 novembre 2019, in *Pluris*; Trib. Mantova, 18 giugno 2019, in *De jure*.

<sup>75</sup> Sulla causa del contratto, v. tra i tanti, FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, artt. 1418-1423, in *Il Codice civile commentario*, fondato da SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, Milano, 2015, 98; Breccia, *Il contratto in generale*, Tomo III, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da BESSONE, 1999, 3. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. Giur.*, 2006, 1718, con nota di ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 11, 1582.

<sup>76</sup> FORNASARI, *Alea e scambio: il caso dei contratti derivati*, cit., 75.



riguardo ai contratti di *interest rate swap* con funzione di copertura, ma tantomeno troverebbe applicazione con riferimento ai derivati speculativi<sup>77</sup>.

Infatti, nei predetti negozi, il fine ultimo comune ad entrambe le parti, oggettivamente desumibile nel contesto in cui il contratto si colloca (e quindi, la ragione pratica e l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare) è fin dall'origine quello di assumersi un rischio per conseguire un profitto<sup>78</sup> e, pertanto, la circostanza per cui il cliente non sia stato adeguatamente informato non influisce affatto sulla causa in concreto, intesa come sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare (che rimane, appunto, immutatamente quello di ottenere un guadagno assumendosi un rischio), ma eventualmente può condizionare la possibilità per il cliente medesimo di compiere una scelta su base "razionale".

Pertanto, fatto salvo che il principio accolto dalle suddette Sezioni Unite si riferisce ai contratti di *interest rate swap* con funzione di copertura (atteso che l'ente pubblico territoriale può dirsi legittimato a procedere solamente alla loro stipula)<sup>79</sup> – spostando però, momentaneamente, il campo d'indagine ai contratti di *interest rate swap* c.d. speculativi – si constata come nei predetti negozi la mancanza di informazioni non comporti alcuno scollamento fra contratto voluto e contratto effettivamente sottoscritto, atteso che lo scopo perseguito dai contraenti è (e rimane) quello appunto di arricchirsi, con la conseguenza che l'eventuale condotta omissiva dell'intermediario non influisce sugli intenti delle parti che penetrano nella causa del contratto.

Nella predetta fattispecie, infatti, il fine di rischiare per ottenere un profitto (e quindi la ricerca del lucro) resta inalterato e ciò che eventualmente potrebbe essere compromessa dalla mancata indicazione da parte dell'intermediario degli elementi di cui si tratta è solamente la reale percezione in capo al cliente dell'effettivo grado di rischio assunto rispetto alla banca.

<sup>77</sup> Sul punto, v. *ex multis*, PERRONE, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezione di gioco*, cit., 83; PAGLIANTINI, VIGORITI, *I contratti di "swap"*, in GITTI, MAUGERI, NOTARI (a cura di), *Contratti per l'impresa*, Bologna 2012, 194; Gilotta, *In tema di interest rate swap*, cit., 155.

<sup>78</sup> BOMBAGLIO, *Interest rate swap: essenzialità del mark to market ed inoperatività della clausola di proroga*, in *Contr.*, 2018, 67; PREITE, *Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors swaps, index futures)*, in *Dir. Comm. Int.*, 1992, 174; CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999, 115. Anche se con differenti argomentazioni, criticano la rilevanza giuridica dei derivati speculativi, BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., 91; BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rate swap*, in *Contr. e impr.*, 2017, 900; CAVALLO BORGIA, *Nuove operazioni dirette all'eliminazione del rischio di cambio*, in *Contr. e impr.*, 1988, 406.

<sup>79</sup> Sul punto, v. Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52, cit.; Trib. Pescara, 12 aprile 2010, cit. Il divieto di stipulare contratti derivati di tipo speculativo per gli enti pubblici territoriali è sorretto da un principio di ordine pubblico economico e, pertanto, è sanzionato con la nullità *ex art.* 1418, comma 1 c.c.

## 6. La violazione degli obblighi informativi: sulla sussistenza del difetto (non nello scambio ma) nelle modalità in cui è stato reso il servizio

Nel nostro ordinamento, in mancanza di una normativa concernente i rimedi utilizzabili dall'investitore qualora l'intermediario non espliciti determinati elementi necessari per il cliente medesimo ai fini di una piena comprensione del regolamento contrattuale, si sono formate posizioni tra loro contrastanti che neppure la pronuncia delle Sezioni Unite del 2020<sup>80</sup> è riuscite a superare<sup>81</sup>.

La tesi secondo cui, qualora l'intermediario non fornisca al cliente quella serie di informazioni atte a misurare l'alea, detta circostanza alteri fin dall'origine l'assetto di interessi negoziale causandone la nullità del contratto per difetto di causa in concreto<sup>82</sup>, è tesa a garantire una forte tutela dell'investitore che, in tal modo procedendo, può contestare una causa di invalidità del contratto senza incorrere nei maggiori vincoli che comporta l'azione risarcitoria; senza contare che, seppure la nullità è un rimedio "estremo"<sup>83</sup>, che conduce alla caducazione del contratto, data anche la sua funzione deterrente, essa rimane comunque lo strumento maggiormente idoneo a salvaguardare non solo l'interesse del singolo, ma anche quello generale all'efficienza ed alla trasparenza del mercato finanziario<sup>84</sup>.

Cionondimeno, a conferma di come l'orientamento in esame debba essere guardato in senso critico<sup>85</sup>, occorre constatare altresì che il generale atteggiamento diretto a va-

<sup>80</sup> La giurisprudenza di merito successiva si è allineata all'indirizzo accolto dalla Sezioni Unite con la pronuncia Cass., sez. un., 18 settembre 2020, cit. (sul punto, v. App. Torino, 22 settembre 2020, n. 919, in *Redazione Giuffrè*, 2020).

<sup>81</sup> Cass., sez. un., 18 settembre 2020, cit.

<sup>82</sup> GAROFALO, *Interest rate swap e causa: le Sezioni Unite prendono posizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2020, 1361, il quale osserva come dalla lettura della sentenza non appare chiaro se le Sezioni Unite della Cassazione nella decisione richiamata abbiano davvero riferito il vizio di cui si occupa alla causa o all'oggetto "così aderendo all'uno o all'altro gruppo di precedenti giurisprudenziali che, nel richiedere a pena di nullità la presenza di un'alea razionale in ogni i.r.s., hanno valorizzato ora l'uno ora l'altro elemento essenziale".

<sup>83</sup> Prospero, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2008, 936.

<sup>84</sup> GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, cit., 1133, il quale osserva come detta linea interpretativa non tiene conto della circostanza per cui, in tema di derivati in generale, si pone in dubbio la distinzione tra speculazione razionale fondata sulla piena padronanza delle informazioni disponibili e scommessa irrazionale legata al capriccio della sorte, atteso che, nelle operazioni sui derivati, quello che accadrà in futuro dipende da un numero così elevato di variabili (molte delle quelle straordinarie ed imprevedibili) "da rendere insuscettibile di valutazione razionale la previsione fondata sui dati attualmente disponibili"; proprio per tale ragione, secondo l'Autore, risulta assai arduo stabilire quando l'investitore nel concludere il contratto di *interest rate swap* abbia o meno compiuto una scelta effettivamente razionale e ponderata con la conseguente validità (o invalidità) del negozio.

<sup>85</sup> In senso critico, BARTALENA, *Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela*

lorizzare la categoria concettuale della causa in concreto quale strumento di controllo dell'utilità sociale trova conferma in diverse pronunce giurisprudenziali anche recenti<sup>86</sup> – finalizzate per l'appunto ad ampliare i poteri del giudice – e potrebbe essere giustificata, nel caso di specie, da ragioni probatorie; tuttavia, è stato osservato come l'utilizzo diffuso ed incontrollato della predetta categoria – che peraltro, impone al giudice di accertare lo scopo del contratto – è paragonabile ad un “grimaldello” per superare il principio dell'insindacabilità dell'equilibrio economico del contratto e per affermare in linea generale che un negozio, con divario di valore tra prestazione e controprestazione, possa ritenersi nullo per mancanza di causa<sup>87</sup>.

Da ultimo, occorre poi considerare anche che, nonostante il c.d. “trionfo” della predetta categoria<sup>88</sup> – finalizzata, appunto, a rilevare l'assetto di interessi perseguito con il contratto, ossia gli scopi che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare in modo tale da fare emergere le ragioni e gli interessi specifici che determinano le parti del contratto – un ampio ricorso a detto strumento, nelle ipotesi che qui interessano, rischia oltre che di fare effettuare al giudice un sindacato sulla convenienza dell'accordo rispetto alla volontà delle parti, di creare “allarmismi nel mercato”, dovuti ad un ampliamento arbitrario delle cause di nullità ad opera giurisprudenziale<sup>89</sup>.

Infatti, pur essendo vero che la categoria di cui si tratta risponde al modo in cui oramai la giurisprudenza di legittimità concepisce il requisito causale, tuttavia, è stato osservato come la stessa giurisprudenza, pur perseguendo una finalità giusta, utilizza tuttavia lo strumento sbagliato e pertanto, anche in questo specifico ambito, si raccomanda agli interpreti di evitare “di innamorarsi superficialmente” della causa in concreto intesa solo come “bella formula” e si decidano a trattarla come strumento operativo da utilizzare con prudenza al fine di emanare giudizi al tempo stesso “giusti e tecnicamente ben fondati”<sup>90</sup>.

In sostanza, il ricorso all'impostazione fondata sulla causa in concreto rischia di condurre a decisioni eccessivamente imprevedibili<sup>91</sup>. Inoltre, a prescindere da dove, nel-

---

dell'investitore “tradito”, in *Soc.*, 2020, 1122, il quale osserva come “la stessa indagine sull'elemento della causa (e della causa in concreto) per giustificare l'invalidazione dell'IRS che non suona appagante”.

<sup>86</sup> V. tra i tanti Cass., 3 maggio 2017, n. 10708, in *Riv. Not.*, 2018, 1062; Cass., 28 settembre 2016, n. 19214, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass., 27 ottobre 2017, n. 25624, in *Giur. It.*, 2018, 2357, con nota di MAFFEIS.

<sup>87</sup> ROPPO, *Causa concreta: storia di un successo? (Dialogo non recente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 957.

<sup>88</sup> ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 139.

<sup>89</sup> LENER, LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione*, cit., 369.

<sup>90</sup> ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., 988.

<sup>91</sup> GIUDICI, *Interest rate swap e nullità del contratto: sui pericoli sistemici dei derivati*, in *BBTC*, 2016, 504. Sul punto, v. anche IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 111.

la fattispecie in esame, si voglia fare ricadere la nullità del contratto<sup>92</sup> occorre constatare come, vero è che la nullità rappresenta un rimedio agevolmente attivabile sul piano processuale (considerato anche il regime di rilevabilità ufficiosa) e maggiormente idoneo rispetto ad altri strumenti (per esempio, quelli risolutori e/o risarcitori) a garantire, nella prospettiva dalle statuizioni consequenziali (*i.e.* ripetizione dell'indebitato) un risultato pienamente ripristinatorio dello *status quo ante*; tuttavia, il ricorso al predetto strumento, nel caso di specie, non persuade e porta con sé effetti potenzialmente destabilizzanti sul sistema bancario<sup>93</sup>.

L'accoglimento della predetta linea interpretativa crea le premesse per un potenziale contenzioso seriale idoneo a censurare con la nullità i contratti derivati pendenti attualmente tra banche italiane e clienti nei quali manchi l'indicazione degli elementi individuati dalle stesse Sezioni Unite, compreso tra l'altro anche i c.d. scenari probabilistici<sup>94</sup>.

Proprio per queste ragioni la questione di cui si discute in questa sede non attiene tanto al difetto funzionale o strutturale dello *swap*, ma ad un diverso aspetto, relativo, appunto, alla condotta dell'intermediario qualora, in un contratto di *interest rate swap*, lo specifico comportamento posto in essere dalla banca stessa abbia impedito al cliente di esprimere un consenso ragionato e ponderato e di comprendere il diverso e maggiore grado di rischio assunto rispetto alla banca medesima<sup>95</sup>, con la conseguenza

<sup>92</sup> Con riguardo all'ulteriore problematica concernente la transazione su un titolo nullo, v. FORNASARI, *Alea e scambio: il caso dei contratti derivati*, cit., 99.

<sup>93</sup> NATOLI, *Tutto ciò che è reale, se non è razionale, è nullo: ma quanto è reale la razionalità pretesa dalle Sezioni Unite?*, cit., il quale rileva come l'effetto destabilizzante del principio espresso dalle Sezioni Unite si coglie sotto diversi profili, atteso che la nullità potrà essere invocata con riguardo ai contratti in essere, "per quelli chiusi fino a dieci anni fa, nei quali i clienti potranno agire per le restituzioni (artt. 1422 e 2033 c.c.); per quelli chiusi più di dieci anni fa, ma ancora in contenzioso, potendo i clienti sempre eccepire, in ogni stato e grado del giudizio, la nullità del titolo su cui si fonda la pretesa avversa, secondo la regola perpetua *ad excipiendum*. Né può escludersi che la nullità a cui giungono le sezioni unite sia pure invocata per travolgere le transazioni tra banche e clienti (art. 1972 comma 1 c.c.)". Sul punto, v. anche Cass., 20 aprile 2020, n. 7963, ove si afferma che la transazione c.d. conservativa su un titolo nullo (per qualsiasi causa) è affetta da nullità.

<sup>94</sup> Proprio per tali ragioni si è teso a circoscrivere la portata della decisione delle sezioni unite ai soli contratti derivati conclusi dagli enti pubblici (sul punto, v. ACF 16 giugno 2020, n. 2687, in *dirittobancario.it*).

<sup>95</sup> Con riguardo all'importanza assunta dall'informazione, v., *ex multis*, Grundmann, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. Dir. priv.*, 2001, 257; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; GENTILI, *L'informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, 555; Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 641; PARISI, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in *La tutela del consumatore*, a cura di STANZIONE e MUSIO, Torino, 2009, 27; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1990, 326; De Nova, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 703.

che, nelle ipotesi che qui ci occupa, l'alea, seppure rimane caratterizzata dalla bilateralità (in quanto il rischio è ripartito tra le parti, anche se, eventualmente, in maniera non proporzionata)<sup>96</sup> risulta essere "irrazionale".

Ecco dunque che, in tale prospettiva, ritornando alla questione di fondo posta qui all'attenzione, qualora la banca non fornisca al cliente quelle informazioni atte a fare comprendere a quest'ultimo se il contratto di *swap* risulti o meno adeguato a soddisfare le esigenze dell'investitore, oppure (come nella fattispecie che qui ci occupa) non abbia comunicato gli elementi necessari per misurare l'alea, oppure ancora, non agisca nell'interesse dell'investitore medesimo, viene violata quella diligenza professionale imposta dal c.d. "buon banchiere", nonché gli obblighi di trasparenza ed i doveri di condotta gravanti sull'intermediario stesso di cui agli artt. 21 lett. a del TUF<sup>97</sup> e 1176 comma 2 c.c.<sup>98</sup>, con la conseguenza che, in dette specifiche ipotesi, il rimedio più appropriato non risulta essere la declaratoria di nullità del contratto, quanto piuttosto quello risarcitorio; infatti, se all'investitore non vengono fornite le indicazioni necessarie per valutare le caratteristiche dell'investimento ed il grado di rischio di volta in volta assunto, ciò che viene compromesso da detta condotta è, pertanto, la possibilità del cliente di concludere

<sup>96</sup> Affermare che il contratto aleatorio per essere tale deve essere soggetto ad un'alea bilaterale non significa che l'alea debba incidere in modo uguale su entrambi i patrimoni. Sul punto, v. INDOLFI, *La modulazione dell'aleatorietà convenzionale degli interest rate swap*, in *Contr.*, 2014, 11, 1012; SARDO, *Natura e causa del contratto di interest rate swap*, in *Corr. Giur.*, 2015, 46; BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rate swap*, in *Contr. e impr.*, 3, 2017, 989.

<sup>97</sup> LENER, LUCANTONI, *Commento all'art. 21 TUF*, in *Il testo unico della finanza*, I, a cura di FRATINI, GASPARRI, Torino, 2012, 380, RABITTI BEDOGNI, *sub art. 21*, in *Testo unico dell'intermediazione finanziaria. Commentario al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di RABITTI BEDOGNI, Milano, 1998, 170; PERRONE, *Less is more. Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di DE MARI, Padova, 2009, 7.

<sup>98</sup> Con specifico riguardo agli obblighi di condotta posti in capo all'intermediario (ed in particolare agli obblighi informativi) ci si è chiesti se il sistema giuridico che si basa sulla MiFID II si debba intendere come un "sistema chiuso" – e che quindi trae solamente da se stesso le basi normative del suo assetto e del suo funzionamento – oppure se, invece, debba essere considerato un "sistema aperto"; in quest'ultima ipotesi, insieme alle norme comunitarie opererebbero anche le clausole generali del nostro ordinamento ed in particolare quelle di buona fede (art. 1375 c.c.), correttezza (art. 1175 c.c.) e diligenza (art. 1176 c.c.) (LUMINOSO, *Contratto di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, 142). Si è ritenuto che le clausole generali non possano fondare ulteriori obblighi rispetto a quelli previsti nella legge (LENER, LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *BBTC*, 2012, I, 376; PERRONE, *Obblighi di informazione, suitability e conflitto di interesse: un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la disciplina MiFID soldi degli altri*, a cura di PERRONE, Milano, 2008, 20). *Contra*, RAZZANTE, *Contratti di negoziazione e "negoziazione di ordini"*, in *Trattato del contratto*, cit., 127; MAGGILOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2012, 353; DI CATALDO, *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni. Le ragioni del cliente*, in *BBTC*, 2013, I, 232.

l'operazione proposta esprimendo un proprio consenso libero, consapevole e razionale; conseguentemente, nella fattispecie che qui ci occupa, vi è dunque una violazione di una regola di condotta che non incide nella struttura e quindi sulla validità del contratto stipulato.

Inoltre, il ricorso alla tutela risarcitoria – che, appunto, a seconda del momento in cui si verificherà la condotta omissiva dell'intermediario assumerà le vesti della responsabilità precontrattuale o contrattuale<sup>99</sup> –, oltre che soddisfare la sempre più sentita esigenza di armonizzazione<sup>100</sup>, permetterebbe di fornire un'adeguata tutela del cliente e ciò in conformità, peraltro, con le espresse intenzioni dello stesso legislatore europeo sempre più impegnato ad innalzare il livello di tutela<sup>101</sup> dell'investitore stesso<sup>102</sup>, senza però, al contempo, comminare una sanzione così grave (come, appunto, l'invalidità) da compromettere eccessivamente il perseguimento dell'obiettivo della c.d. stabilità ed efficienza del mercato.

Da ultimo, come è stato efficacemente osservato, detto rimedio rappresenterebbe, persino nelle ipotesi che qui ci occupano, una soluzione maggiormente efficiente sotto il profilo economico; dal punto di vista dell'analisi economica del diritto<sup>103</sup>, infatti, la sanzione della nullità risulta essere antieconomica, atteso che comporta l'effetto di trasferire sull'intermediario tutti i rischi collegati allo strumento finanziario, addossando su

<sup>99</sup> BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, cit. 550, la quale osserva come l'art. 23 TUF giova al danneggiato solamente con riguardo all'onere della prova della diligenza richiesta all'intermediario e non con riguardo alla prova del nesso causale tra il danno e la condotta lesiva.

<sup>100</sup> L'esigenza di armonizzazione emerge dai considerando nn. 3 e 6 della Direttiva 2014/65/UE Del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la Direttiva 2002/92/CE e la Direttiva 2011/61/UE (c.d. MiFID II).

<sup>101</sup> Si pensi solo, a titolo esemplificativo, agli obiettivi perseguiti con la MiFID I e con la MiFID II. Sul punto, De Paola, *Gli obblighi di informazione post-contrattuale a carico degli intermediari: recenti indirizzi della giurisprudenza*, in *Corr. Giur.*, 2018, 11, 1412; Di Ciommo, *MiFID I, D.lgs. n. 129 del 2017 e prestazione fuori sede dell'attività di consulenza in materia di investimenti finanziari da parte di consulenti autonomi e società di consulenza*, in *Foro it.*, 2018, 4, 182; Annunziata, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo d'insieme tra continuità e discontinuità*, in *Riv. Soc.*, 2018, 4, 1100.

<sup>102</sup> Sul punto, v. NIGRO, *La nuova regolamentazione dei mercati finanziari: i principi di fondo delle direttive e del regolamento*, in *Regolamento del mercato finanziario e contratto con gli investitori*, a cura di ADAMO, CAPOBIANCO, CUCURACHI, Napoli, 2010, 29; MATTEI, *La tutela dell'investitore come strumento del capitalismo finanziario. Su alcuni modelli transazionali di riferimento*, in *ibidem*, 318.

<sup>103</sup> Con riferimento all'analisi economica del diritto, v. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Traduzione di DE VITA, VARANO, VIGORITI, presentazione di RODOTÀ, ristampa inalterata con presentazione di AL MUREDEN, Milano, 2015, 11 ss. In argomenti, v. tra i tanti, Gallo, *Analisi economica del diritto*, 2° ed., Torino, 2017, 20 ss.; PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015, 12 ss.; PARDOLESI, TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003, 33 ss.; SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2007, 49 ss.; ID., *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005, 14 ss.; ALPA, BESSONE, *Rischio d'impresa, assicurazioni, analisi economica del diritto*, 2° ed., Milano, 1980, 35 ss.; ALPA (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, 21 ss.

quest'ultimo la totalità del danno con conseguente innalzamento del prezzo dei servizi offerti al fine di distribuire tra gli investitori il c.d. maggior rischio sostenuto. Lo strumento risarcitorio rappresenterebbe anche un'“arma intelligente”<sup>104</sup> e duttile; infatti, a differenza della nullità, che non consente di modulare la reazione dell'ordinamento in relazione alla gravità del pregiudizio subito, conducendo, quindi, alla caducazione del contratto anche nel caso di lievi violazioni degli obblighi di comportamento, il rimedio risarcitorio, invece, permetterebbe di intervenire<sup>105</sup> esclusivamente qualora sia stata accertata la violazione e di parametrare, quindi, il risarcimento del danno sulla base della effettiva gravità del pregiudizio subito.

Resta inteso che, accogliendo la predetta soluzione, occorre però considerare non soltanto i vantaggi, ma pure le specifiche difficoltà che il predetto strumento porta con sé; si pensi solo alla necessità di determinare il *quantum* del danno risarcibile ed alla prova che il pregiudizio subito sia conseguenza immediata e diretta della condotta dell'intermediario e non derivi dal semplice andamento sfavorevole del mercato<sup>106</sup>.

Aderendo alla predetta linea interpretativa si pongono poi ulteriori questioni di non poco conto come, per esempio, l'individuazione degli specifici obblighi informativi che gravano sull'intermediario nel caso di specie ed in particolare se l'intermediario stesso possa ritenersi adempiente qualora il contratto riporti le categorie individuate dalle Sezioni Unite del 2020 (*i.e.* il criterio del *mark to market*, gli scenari probabilistici, l'assenza di costi occulti). Inoltre, occorrerebbe indagare se, alla luce del principio di vicinanza della prova<sup>107</sup>, la mancanza delle condizioni richieste dalla sopracitata pronuncia delle Sezioni Unite possa comportare una presunzione di irregolarità del contratto, con conseguente inversione dell'onere della prova a carico dell'intermediario, al quale spetterebbe quindi dimostrare la correttezza della propria condotta.

Non solo. Accogliendo la linea interpretativa delle Sezioni Unite del 2007, occorrerebbe altresì accertare come il principio di autoresponsabilità<sup>108</sup> possa incidere nel giudi-

---

<sup>104</sup> Infatti, LUKACS, *Contro la nullità dei contratti conclusi in violazione delle norme di comportamento da parte degli intermediari*, cit., 517.

<sup>105</sup> BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, cit., 546.

<sup>106</sup> Trib. Torino, 18 aprile 2014, in *Corr. Giur.*, 2015, 1, 44.

<sup>107</sup> Sul principio di vicinanza della prova, v., *ex multis*, BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 1383; SAPONE, *Inesatto adempimento e riparto dell'onere probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto*, in *Giur. Mer.*, 2007, 971. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, 1565; con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr. e impr.*, 2002, 100, con nota di CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*.

<sup>108</sup> Il principio di autoresponsabilità trova le sue origini nel sistema giuridico tedesco nel contesto della responsabilità ed in particolare del concorso del danneggiato e della c.d. compensazione delle colpe (sul punto, v. ZITELMAN, *Das Recht des BGB, Allgemeiner Teil*, Lipsia, 1900, 152; SCOGNAMIGLIO, *Note sui limiti della c.d. compensazione di colpa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, 108). All'interno del nostro ordinamento il principio di autoresponsabilità trova il proprio fondamento nell'art.

zio risolutorio e risarcitorio. In altri termini, posto che il principio di autoresponsabilità sta assumendo una portata sempre più rilevante anche nell'ambito dell'intermediazione finanziaria<sup>109</sup>, si tratterebbe di verificare, per esempio, come il principio di autoresponsabilità possa influire nella quantificazione del danno e se, una volta che l'intermediario abbia comunicato al cliente gli elementi informativi indicati dalle Sezioni Unite del 2020 (i.e. *mark to market*, costi impliciti e scenari probabilistici), il medesimo possa andare esente da responsabilità, oppure, se, in ragione del grado di affidamento che il cliente ripone nella professionalità dell'intermediario<sup>110</sup>, si richieda a quest'ultimo<sup>111</sup> un obbligo ulteriore, non potendosi considerare l'informazione concernente il *mark to market*, i costi impliciti e gli scenari probabilistici esaustiva e sufficiente per rendere l'intermediario stesso completamente esente da responsabilità.

---

1227 c.c. (sul punto, v. *ex multis*, SIGNORELLI, *Il concorso del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, 110; FARACE, *Sul concorso colposo dei soggetti lesi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 1058; PALESCANDOLO, SAPONE, *Il concorso di colpa*, Roma, 2013, 10 ss.; SENOCRATE, *Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, 1° comma, tra vecchi e nuovi problemi*, in *Obbl. contr.*, 2011, 611).

L'autoresponsabilità rappresenta un criterio a cui ampiamente si fa ricorso, alla stregua della regola generale ex art. 1227 c.c., nelle decisioni sui danni da fumo attivo (Cass., 10 maggio 2018, n. 11272; Cass., 30 luglio 2013, n. 18267; Cass., 4 luglio 2007, n. 15131; nonché Cass. pen., 21 giugno 2013, n. 37762; Cass. pen., 27 gennaio 2012, n. 9479; Cass. pen., 21 dicembre 2011, n. 11197); al lavoratore per l'omissione di cautele doverose (Cass. pen., 28 novembre 2018, n. 5007; Cass. pen., 10 febbraio 2016, n. 8883 e Cass. pen., 14 gennaio 2016, n. 3616); all'utente nel trasporto ferroviario (Cass., 27 aprile 2011, n. 9409); per il concorso del danneggiato pur minorenni (Cass., 1 febbraio 2018, n. 248) e per i danni cagionati dai c.d. grandi minori, ai sensi dell'art. 2048 c.c. (Cass., 31 gennaio 2018, n. 2334) per la responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c. si richiede, da parte del danneggiato, l'adozione delle cautele normalmente attese (fra le tante, Cass., 1 febbraio 2018, n. 2480).

<sup>109</sup> Sull'affermazione del principio di autoresponsabilità nei servizi finanziari, v. Sesta, *L'operatore qualificato del Regolamento CONSOB arriva in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1614; ID., *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 Reg. CONSOB n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed autoresponsabilità del dichiarante*, ivi, 2008, 1751; RUGGERI, *La prima sentenza d'appello circa l'operatore qualificato ai sensi dell'art. 21 del Reg. CONSOB 11522 del 1998*, in *NGCC*, 2008, 224; SANGIOVANNI, *Contratti di swap e nozione di operatore qualificato*, in *Contr.*, 2007, 1093; CHIONNA, *L'accertamento della natura di operatore qualificato del mercato finanziario rispetto a una società*, in *BBTC*, 2005, 35; MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *NGCC*, 2008, 224; INZITARI, *Strumentalità e malizia nella predisposizione e raccolta della dichiarazione di operatore qualificato*, relazione al Convegno *I contratti di negoziazione di strumenti finanziari organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura di Mantova*, 30 novembre 2007, in *www.ilcaso.it*.

<sup>110</sup> In argomento, v. Cass., 29 dicembre 2011, n. 29864, in *Foro it.*, 2013, 1, 1, 320.

<sup>111</sup> FRATINI, SALERNO, *Gli obblighi di protezione tra contatto sociale e contratti con effetti protettivi verso terzi*, in *Riv. nel dir.*, 2012, 9.



## 7. Gli orientamenti successivi alle Sezioni Unite del 2020 e l'esigenza di contenere le conseguenze derivanti dalla pronuncia di nullità

Accertati i limiti che la nullità porta con sé e considerata l'applicabilità, nella fattispecie in esame, del rimedio risarcitorio, occorre tuttavia prendere atto della circostanza per cui la Suprema Corte, successivamente alla decisione delle Sezioni Unite del 2020<sup>112</sup>, non abbia mutato il proprio orientamento, continuando ad affermare che, nel caso in cui l'intermediario non comunichi al cliente le informazioni concernenti il *mark to market*, i costi impliciti e gli scenari probabilistici, il contratto di *interest rate swap* debba ritenersi nullo<sup>113</sup>.

Tuttavia, seppure la stessa Cassazione e giurisprudenza di merito hanno confermato che i principi espressi dalle citate Sezioni Unite si applicano anche agli *interest rate swap* conclusi da privati, cionondimeno dalla lettura delle predette decisioni continua a non comprendersi con chiarezza quale sia la causa della nullità e, in particolare, se il vizio *de quo* debba riferirsi alla mancanza di consenso<sup>114</sup>, alla causa o all'oggetto<sup>115</sup>. Infat-

<sup>112</sup> Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, cit.

<sup>113</sup> Cass., 7 novembre 2022, n. 32705, in *Giust. Civ. Mass.*, 2022, ove si afferma che “In tema di “interest rate swap”, la meritevolezza di tutela del contratto va apprezzata “ex ante”, non già “ex post”, non potendosi far dipendere la liceità del contratto dal risultato economico concretamente conseguito dall'investitore, né utilizzare il giudizio di meritevolezza a fini di un riequilibrio equitativo; ne consegue che, ai fini della validità del contratto ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura (“hedging”) o speculativa, devono essere preventivamente conoscibili, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del “mark to market”, in assenza del quale la causa del negozio resta sostanzialmente indeterminabile; Cass., 10 agosto 2022, n. 24654, in *Giust. Civ. Mass.*, 2022, secondo cui “In tema di “interest rate swap”, occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al “mark to market”, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza d'appello, che aveva escluso che, nelle operazioni di derivati, l'occultamento nel contratto di costi occulti a svantaggio del cliente si ripercuotesse sulla validità del contratto)”. Cass., 29 luglio 2021, n. 21830, in *NGCC*, 2022, 2, 462. Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, v. App. Venezia, 26 luglio 2021, n. 2140, in *Guida al dir.*, 2021, 48.

<sup>114</sup> Cass., 7 novembre 2022, n. 32705, cit.; Cass., 6 settembre 2021, n. 24014, in *Guida al dir.*, 2021, n. 2140; Trib. Milano, 3 ottobre 2022, n. 7564, cit.; App. Venezia, 25 luglio 2022, n. 1760, cit.; App. Torino, 7 aprile 2022, n. 391, cit.; App. Venezia, 23 dicembre 2021, n. 3113, cit.; App. Venezia, 26 luglio 2021, n. 2140, in *Redazione Giuffrè*, 2021; App. Torino, 16 giugno 2021, n. 686, in *Redazione Giuffrè*, 2021.

<sup>115</sup> App. Torino, 7 aprile 2022, n. 391, cit., ove si afferma che la mera indicazione numerica del

ti, se alcune pronunce continuano ad imputare l'invalidità del negozio alla mancanza di causa in concreto<sup>116</sup>, altre sentenze affermano<sup>117</sup>, invece, che la mancata informazione in merito agli elementi di carattere economico/finanziario di cui si tratta comporti la nullità dell'intero contratto per mancanza o indeterminatezza dell'oggetto<sup>118</sup>, oppure ancora, per mancanza di consenso<sup>119</sup>.

Considerato quindi che la Suprema Corte non ha mutato il proprio orientamento<sup>120</sup>, occorre indagare come poter contenere e limitare gli effetti dirompenti conseguenti

---

*mark to market*, in assenza dei metodi (matematici) per la sua determinazione, genera l'impossibilità di individuare concretamente l'alea oggetto dell'*interest rate swap*, così che il corrispondente contratto deve essere sanzionato con la nullità per indeterminabilità dell'oggetto. Nello stesso senso, v. App. Venezia, 23 dicembre 2021, n. 3113, cit.

<sup>116</sup> V., per esempio, App. Torino, 16 giugno 2021, n. 686, in *Redazione Giuffrè*, 2021.

<sup>117</sup> Si pensi, da ultimo, alla decisione della Cassazione ove si afferma che, indipendentemente dalla finalità di copertura o speculativa, ai fini della formazione dell'accordo in ordine alla misura dell'alea, devono essere preventivamente conoscibili gli elementi ed i criteri utilizzati per la determinazione del *mark to market*, in assenza del quale il negozio resta sostanzialmente indeterminabile.

<sup>118</sup> App. Torino, 7 aprile 2022, n. 391, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>119</sup> Per quanto riguarda le più recenti decisioni della *High Court* inglese, v. la c.d. sentenza "Busto Arsizio", *Deutsche Bank AG London vs Comune di Busto Arsizio* [2021] EWHC 2706 (Comm) del 12 ottobre 2021. Sul punto, v. GAROFALO, *Un anno dopo le Sezioni Unite: è davvero nella causa il rimedio migliore per gli swap conclusi da clienti disinformati*, in *NGCC*, 2022, 472.V. anche la c.d. sentenza "Venezia", Banca Intesa Sanpaolo S.p.A. e Dexia Crediop S.A. v. Comune di Venezia [2022] EWHC 2586 (Comm). In quest'ultima pronuncia si è affermato che sono nulli anche per il diritto inglese i derivati degli enti locali italiani di tipo speculativo e/o la cui sottoscrizione abbia generato indebitamento non destinato al finanziamento di investimenti.

La Corte inglese ha dichiarato la nullità del derivato speculativo. A tale conclusione è pervenuta tramite una dettagliata analisi della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione del 12 maggio 2020, n. 8770. La predetta pronuncia delle Sezioni Unite, fino ad oggi valevole per i soli derivati regolati dalla legge italiana, è stata, pertanto, estesa anche a quelli regolati dalla legge inglese.

Nella interpretazione che il giudice inglese ha dato della decisione italiana, la violazione del divieto di stipulare derivati speculativi si risolve in un difetto di legittimazione contrattuale dell'ente pubblico (*lack of capacity*), che rende nulli anche i contratti regolati dalla legge inglese.

Inoltre per la *Commercial Court*, il difetto di legittimazione contrattuale si riscontra anche nel caso in cui, in violazione dell'art. 119 comma 6 della Costituzione italiana, l'ente contraiga indebitamento per cause differenti dal finanziamento di investimenti. Nell'ipotesi di Venezia, l'assorbimento del costo di chiusura del derivato *Bear Stearns* nel derivato successivo è stato qualificato come indebitamento non consentito, con la conseguenza che il derivato che è stato dichiarato nullo anche sotto tale profilo.

La decisione della *Commercial Court* rappresenta indubbiamente una svolta rispetto alla precedente giurisprudenza inglese nel contenzioso tra banche ed enti locali italiani, se solo si considera che soltanto un anno fa, nel primo giudizio *post-Sezioni Unite*, la stessa *Commercial Court* (in diversa composizione: sentenza [2021] EWHC 2706) aveva ritenuto validi i derivati sottoscritti dal Comune di Busto Arsizio.

<sup>120</sup> Non solo, ma anche nell'ambito delle predette decisioni, non sempre risulta chiaro su quale specifico elemento essenziale del contratto debba ricadere, nell'ipotesi di specie, la suddetta

all'applicazione della categoria della nullità in materia di prodotti derivati. In altri termini, se la nullità totale – come è stato efficacemente osservato – sembra tratteggiare la sagoma di un “terribile diritto”<sup>121</sup> (posto che gli effetti riconducibili al rimedio risultano essere eccessivi)<sup>122</sup> si tratta qui di verificare come limitare l’impatto del predetto istituto al fine di contenere l’estensione delle conseguenze travolgenti derivanti dalla pronuncia di nullità<sup>123</sup> che, compromettendo il valore della certezza dei traffici giuridici e, di conseguenza, riducendo la fiducia degli operatori nel mercato<sup>124</sup>, potrebbero produrre effetti assai negativi sul sistema<sup>125</sup>.

---

nullità. Si pensi, per esempio, alla Cass., 10 agosto 2022, n. 24654, in *Giust. Civ. Mass.*, 2022, ove si afferma che un’operazione in derivati connotata da costi occulti debba essere considerata nulla. Tuttavia, i giudici di legittimità anche in questa occasione, richiamandosi alla decisione delle Sezioni Unite del 2020, non specificano se detta nullità ricada nell’oggetto o nella causa del contratto. Nella stessa direzione si pone anche Cass. 7 novembre 2022, n. 32705, cit., ove non si comprende chiaramente se la mancata informazione del *mark to market* conduce alla nullità del contratto per difetto di causa o indeterminazione dell’oggetto.

<sup>121</sup> PAGLIANTINI, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto “terribile” da trasformare in “mite”, in NGCC*, 2022, 485, secondo cui il ricorso al rimedio della nullità “dà la stura, senza distinguere, all’azione di qualsiasi investitore che voglia ammortizzare una perdita, con l’effetto collaterale di sconvolgere il funzionamento di interi segmenti di mercato”.

<sup>122</sup> Oltre alle problematiche relative alle restituzioni occorre anche considerare ulteriori effetti potenzialmente in conflitto non solo con gli interessi del singolo investitore, ma anche con quelli generali conseguenti alla pronuncia di nullità. Si pensi, per esempio, all’ipotesi in cui il contratto di *interest rate swap* fosse dichiarato nullo per illiceità della causa (e quindi si aderisse all’indirizzo interpretativo secondo cui le clausole dell’art. 21 TUF assumono natura di clausole generali, con la conseguenza che il derivato concluso in loro violazione sarebbe nullo per illiceità) ed a come, in tal caso, la conseguenza sarebbe che non si potrebbe ricorrere alla transazione, data l’ulteriore nullità sancita dall’art. 1972, comma 1 c.c. Sul punto, MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2021, 195.

<sup>123</sup> In argomento, v. PAGLIANTINI, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto “terribile” da trasformare in “mite”, cit.*, 484. Si pensi ai soli effetti restitutori conseguenti a una declaratoria di nullità e all’efficacia recuperatoria decennale per l’azione di ripetizione. Sul punto, v. MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, cit., 195, ove si afferma che “Certamente, qui il problema fondamentale nasce dal regime della prescrizione dei diritti, e dall’anacronismo di un termine ordinario commisurato a traffici giuridici di altre epoche. Ma altrettanto indubbio è che le restituzioni di prestazioni decennali eseguite in base a un contratto di durata nullo possano provocare risultati talora ingiusti e comunque spesso pesanti in modo forse indesiderabile”.

<sup>124</sup> DOLMETTA, LENTINI, *Tra “prestazione” e “valore” del mark to market: a margine del derivato prodotto d’impresa*, in *NGCC*, 2, 2022, 462.

<sup>125</sup> D’altra parte, le conseguenze indesiderate di una pronuncia di nullità sono evidenti qualora si consideri che la nullità tendenzialmente investe non già un unico derivato impugnato, ma tutta una serie di contratti conclusi nel medesimo lasso temporale e stipulati secondo le medesime prassi e la stessa modulistica e che presentano, quindi, il medesimo profilo di incertezza. Sul punto, v. PAGLIANTINI, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto “terribile” da trasformare in “mite”, cit.*, 485; MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, cit., 195.

Al riguardo, si può constatare che i rimedi applicabili per correggere le criticità ricollegabili alla comminatoria di nullità e sfuggire alle disfunzioni generate da essa sono essenzialmente due: la nullità parziale (1419 c.c.)<sup>126</sup> e la conversione (art. 1424 c.c.)<sup>127</sup>. Il ricorso ai predetti istituti – idonei, appunto, ad assicurare un giusto equilibrio fra esigenze di conservazione del negozio (*utile per inutile non vitiatur*) e protezione dell'autonomia contrattuale – permette di trovare soluzioni maggiormente efficienti sotto il profilo microeconomico e macroeconomico, rappresentando dei correttivi idonei a normalizzare le insidie che il ricorso al rimedio della nullità inevitabilmente porta con sé.

Tuttavia, a prescindere dalle specifiche differenze tra la conversione e la nullità parziale – la cui indagine esula i limiti della presente trattazione – quello che occorre qui ricordare è che la divergenza fondamentale intercorrente tra i predetti istituti risiede nella circostanza per cui la conversione<sup>128</sup> è uno strumento più radicale rispetto alla nul-

<sup>126</sup> Sulla nullità parziale, v. *inter alia*, PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 61; PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. e impr.*, 1995, 486; FUSARO, *La nullità parziale*, in *NGCC*, 1990, 31; ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *RDC*, 1971, 687; DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausola vessatoria*, in *RDC*, 1976, 480. In giurisprudenza, v. Cass., 23 novembre 2022, n. 34418, in *Guida al dir.*, 2023, 1; App. Torino, 10 ottobre 2022, in *Redazione Giuffrè*, 2022; Trib. Napoli, 8 agosto 2022, n. 3057, in *Redazione Giuffrè*, 2022; Trib. Sassari, 2 agosto 2022, n. 840, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>127</sup> Sulla conversione, v. *inter alia*, DE NOVA, *Conversione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, 2; GIAIMO, *Conversione del contratto nullo*, in *Il Codice Civile Commentario*, Art. 1424, Milano, 2012; MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947; GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988; BIGLIAZZI GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. Del dir.*, 530. Sulle teorie oggettivistiche della conversione, v. *ex multis*, BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, nel *Tratt. Dir. Civ.* Vassalli, XV, 2 Torino, 1961, 494; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, 270). Con riguardo alle teorie soggettivistiche, v. tra i tanti, STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 72; CARRESI, *Il contratto*, nel *Tratt. Dir. Civ.* Cicu Messineo, t. 2, Milano, 1987, 595. In giurisprudenza, v. *ex multis*, Cass., 16 novembre 2022, n. 33719, in *Giust. Civ. Mass.*, 2022; Cass., 8 marzo 2022, n. 7509, in *Giust. Civ. Mass.*, 2022; Trib. Pistoia, 4 maggio 2022, n. 403, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>128</sup> Una norma corrispondente all'art. 1424 c.c. non esisteva nel vigore del passato codice civile; fu introdotta all'ultimo senza il dibattito che caratterizzò la stesura del § 140 BGB. Per un approfondimento storico, v. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, II, *Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, 200, che segnala la mancanza della norma nel Progetto del Libro delle obbligazioni, stampato per la riunione del Sottocomitato ministeriale del 12 dicembre 1940 e la presenza nel r.d. 30 gennaio 1941, n. 16, che anticipava l'entrata in vigore del Libro delle obbligazioni.

Cionondimeno, l'istituto della conversione era conosciuto anche dai giuristi della generazione del codice previgente (anzi, la conversione era nota anche in epoca romana (sul punto, v. BETTI, voce *Conversione del negozio giuridico (Diritto Romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, 810; MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, cit., 107)). Si discuteva però circa il suo fondamento, atteso che se per alcuni autori sarebbe stata richiesta una volontà concreta delle parti che avevano concluso un contratto nullo, per altri l'indagine doveva focalizzarsi sull'intento ipotetico delle parti. In forza dell'influenza esercitata dal § 140 BGB, l'orientamento maggioritario abbandonò la tesi che richiedeva la prova di una volontà concreta diretta verso il contratto convertito ed accolse quella della volontà ipotetica, accettando il rischio di ricorrere ad una specie di finzione giuridica (in argomento, PIETROBON,

lità parziale e, qualora si ricorra all'art. 1419 c.c., produce effetti il contratto originario, mentre, nell'ipotesi in cui si applichi l'art. 1424 c.c. gli effetti sono riconducibili al nuovo negozio<sup>129</sup>.

Date queste brevi premesse e riconcentrando l'attenzione sulla problematica che qui interessa, occorre constatare che, qualora l'intermediario non fornisca al cliente le informazioni concernenti il *mark to market*, gli scenari probabilistici e i costi impliciti, ai fini di limitare gli effetti travolgenti conseguenti ad una denegata declaratoria di nullità totale, si potrebbe ricorrere, piuttosto che all'istituto della conversione – strumento che, per la verità, non ha mai trovato una grande diffusione nell'esperienza applicativa<sup>130</sup> – alla disciplina relativa alla nullità parziale.

Ciò che qui preme evidenziare è che, anche qualora si accogliesse la soluzione avallata dalle stesse Sezioni Unite del 2020 nonché dalla successiva giurisprudenza di legittimità e di merito, una nullità totale finirebbe per *iper* tutelare l'investitore, incentivando quest'ultimo ad assumere comportamenti opportunistici. Viceversa, il ricorso alla nullità parziale, volta a depurare il contratto, eliminando chirurgicamente ed esclusivamente quella parte del negozio colpita da nullità potrebbe essere una soluzione proporzionata che, nel caso specifico, permetterebbe di eliminare la sola parte del contratto non trasparente, senza però fare cadere *in toto* il negozio voluto dalle parti.

In tal modo procedendo, e quindi riconoscendo la non essenzialità delle clausole tramite cui l'intermediario informa il cliente con riguardo al *mark to market*, ai costi impliciti e agli scenari probabilistici nonché la perdurante utilità del contratto rispetto all'assetto complessivo degli interessi perseguiti nonostante la mancanza dei predetti elementi informativi, si osserverebbe la regola della conservazione del contratto (art. 1367 c.c.) e si valorizzerebbe al massimo l'interesse e la volontà dei contraenti<sup>131</sup>.

In altre parole, in caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire se conservare parzialmente gli effetti del contratto stesso e quindi a valutare se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo<sup>132</sup>, con la conseguenza che la nullità parziale di un contratto di *interest rate swap* non si estende all'intero negozio giuridico laddove permanga l'utilità dello stesso con riferimento agli interessi regolamentati. In tale prospettiva, il contratto di *interest rate swap* strutturato in maniera tale da realizzare la funzione voluta dalle parti, anche qualora epurato delle clausole relative al *mark to market*, ai costi impliciti e agli scenari probabilistici, realizzerebbe l'utilità perseguita dal negozio stesso con riferimento agli interessi dei contraenti,

---

*Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 269; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, 79; FRANZONI, *Della Nullità del contratto*, cit., 203).

<sup>129</sup> DI MAJO, *La nullità*, cit., 114.

<sup>130</sup> V. GANDOLFI, *Ancora sulla conversione del contratto invalido [e a proposito di una recente monografia]*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996, II, 430.

<sup>131</sup> CRISCUOLI, *Nullità*, cit., 103.

<sup>132</sup> App. Brescia, 21 ottobre 2021, n. 1329, in *Redazione Giuffrè*, 2022; Trib. Roma, 27 maggio 2021, in *Redazione Giuffrè*, 2021.

con la conseguenza che, in questa specifica ipotesi, la nullità andrebbe eventualmente confinata alla sola clausola concernente gli elementi informativi di cui si tratta<sup>133</sup>.

In particolare, concentrando l'attenzione sulla mancata comunicazione del *mark to market*, occorre prendere atto che, anche qualora si aderisse a quell'orientamento secondo cui affinché possa sostenersi che il patto sul *mark to market* sia quanto meno determinabile è comunque necessario che sia esplicitata la formula matematica, il contratto di *interest rate swap* dovrebbe ritenersi non già totalmente, ma solo parzialmente nullo<sup>134</sup> nelle ipotesi in cui invece, al fine della determinazione del *mark to market*, si richiamassero le sole rilevazioni periodiche del tasso di interesse di riferimento, senza specificare anche il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'autorizzazione del valore prognostico. In tal caso, il contratto sarebbe parzialmente nullo con riferimento esclusivamente alla clausola del *mark to market*, atteso che, così procedendo, non si renderebbe il dato contrattuale effettivamente determinabile, sostanzialmente rimanendo lo stesso unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dal soggetto interessato. Inoltre, l'accoglimento della predetta soluzione troverebbe soprattutto conferma qualora la clausola del *mark to market* non assuma un peso rilevante nel contesto del contratto, come, per esempio, avviene qualora il derivato sia programmato per un breve periodo di tempo<sup>135</sup>.

Se quindi, nell'ipotesi in cui l'intermediario non comunichi al cliente gli elementi informativi di cui si è detto, ai fini di limitare gli effetti della nullità totale, si dovrebbe applicare la disciplina di cui all'art. 1419 c.c., qualora invece si tratti della diversa questione concernente il contratto di *interest rate swap* strutturato in maniera tale da essere inadeguato agli interessi del cliente, sempre nell'ottica di circoscrivere le conseguenze della declaratoria di nullità totale, il contratto potrebbe essere recuperato tramite il ricorso allo strumento della conversione, sempre che, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità<sup>136</sup>.

In altri termini ancora, qualora il contratto stipulato con l'intento di coprire un rischio, sia in realtà strutturato in modo tale da non essere di fatto in grado di rispondere ai concreti interessi che le parti intendono perseguire, non si può parlare di nullità parziale, ma totale per mancanza di causa in concreto<sup>137</sup>. Tuttavia, nell'ipotesi in cui l'intento

---

<sup>133</sup> D'altra parte, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale ha carattere eccezionale ed è a carico di chi ha interesse a fornire la prova dell'interdipendenza del restante contratto dalla clausola nulla, mentre il giudice d'ufficio non può estendere la nullità parziale all'intero contratto, sul punto, App. Salerno, 19 maggio 2022, n. 599, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>134</sup> Trib. Urbino, 19 ottobre 2022, n. 292, in *Redazione Giuffrè*, 2022; App. Torino, 6 ottobre 2022, n. 1046, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>135</sup> DOLMETTA, LENTINI, *Tra "prestazione" e "valore" del mark to market: a margine del derivato prodotto d'impresa*, cit., 462.

<sup>136</sup> La domanda di conversione, da proporsi a cura della parte interessata, è certamente ammissibile ove sia avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità (Trib. Bari, 1 febbraio 2022, n. 158, in *Redazione Giuffrè*, 2022).

<sup>137</sup> App. Perugia, 21 ottobre 2022, n. 554, in *Redazione Giuffrè*, 2022; Trib. Alba, 22 marzo 2011, in

pratico perseguito dal richiedente (ossia la copertura di un rischio) possa essere realizzato da un diverso strumento<sup>138</sup>, tramite l'istituto della conversione – che ha, appunto, come scopo quello di avvicinare il più possibile gli effetti del contratto a ciò che le parti hanno dichiarato – è possibile recuperare il negozio, proteggendo in tal modo gli interessi e l'affidamento dei contraenti. Così, per esempio, l'*interest rate swap* potrebbe essere convertito in un altro *swap* correggendo i tassi (a titolo esemplificativo, cambiando il parametro del tasso fisso e portandolo a creare il potenziale scambio voluto *ex ante* in modo da eliminare il disequilibrio). Oppure l'*interest rate swap* potrebbe essere convertito in una serie FRA – *future rate agreements*<sup>139</sup> – o in un CAP pari al tasso fisso. Inoltre, al fine di riequilibrare il contratto si potrebbe anche agire sull'*up front* inizialmente squilibrato a sfavore del cliente, per ricondurre a parità le posizioni di partenza<sup>140</sup>.

Seppure è vero che, tramite l'art. 1424 c.c. il giudice, non d'ufficio, ma su istanza di parte, riqualifica il contratto, convocando le stesse e che le parti potrebbero non aver voluto un contratto diverso da quello stipulato, appare, tuttavia, conforme a buona fede che ciascun contraente rimanga vincolato agli effetti che si proponeva di trarre dal contratto nullo (ossia, nella fattispecie che qui interessa, la copertura di un rischio) e che avrebbe ugualmente cercato di realizzare con altro negozio se si fosse rappresentato l'inefficienza di quello concluso<sup>141</sup>. Inoltre, nonostante i suddetti limiti che l'istituto della conversione porta con sé, cionondimeno, nella fattispecie richiamata, il ricorso al predetto strumento permetterebbe, sotto il profilo macroeconomico di ovviare alle conseguenze della caducazione del contratto e, sotto quello microeconomico, di arginare eventuali iniziative opportunistiche del cliente, evitando, allo stesso tempo, a quest'ultimo i costi relativi ad una nuova negoziazione<sup>142</sup>.

---

*www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 14 aprile 2011, in *BBTC*, 2012, 385, commentata da MAFFEIS, *Le Stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *BBTC*, 2012, 280; Trib. Salerno, 21 giugno 2011, cit.; Trib. Civitavecchia, 6 giugno 2011, in *NGCC*, 2012, 140; Trib. Monza, 17 luglio 2012, in *NGCC*, 2013, I, 141. In argomento, v., *inter alia*, FORESTA, *La (discutibile) conferma della non meritevolezza degli interest rate swap con funzione di macro hedging*, in *NGCC*, 2022, 749, TUCCI, "Servizio" e "contratto" nel rapporto fra intermediario e cliente, in *I contratti di finanziamento del mercato finanziario*, a cura di GABRIELLI, LENER, Torino, 2010, 200; Id., *La negoziazione degli strumenti finanziari e i problemi della causa del contratto*, in *BBTC*, 2013, 69.

<sup>138</sup> Cass., 23 giugno 2022, n. 20233, in *Guida al dir.*, 2022, 4.

<sup>139</sup> Ciò non si può fare quando le date di pagamento non coincidono e cioè nella maggior parte dei casi (il fisso è di norma annuale o semi annuale, mentre il variabile è trimestrale o mensile) anche se si potrebbe modificare le date in fase di conversione.

<sup>140</sup> Sul punto, v. anche MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, cit., 200.

<sup>141</sup> Relazione n. 650 al Codice Civile.

<sup>142</sup> MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, cit., 203.

## ABSTRACT

L'indagine si concentra nel verificare la sorte che subisce il contratto di *interest rate swap* nelle ipotesi in cui l'intermediario, prima della conclusione dell'accordo, non comunichi al cliente la sussistenza di determinati elementi informativi, con la conseguenza che, di fatto, il cliente stesso si trova a concludere il negozio senza essere stato effettivamente posto nelle condizioni di percepire la misura dell'alea che il predetto negozio porta con sé.

Nello specifico, dalla lettura delle decisioni giurisprudenziali continua a non comprendersi con chiarezza quale sia la causa della nullità del contratto nell'ipotesi in cui venga omessa l'informativa concernente il *mark to market*, i costi impliciti o gli scenari probabilistici ed in particolare, se il vizio *de quo* debba riferirsi alla mancanza di consenso, alla causa o all'oggetto.

The investigation focuses on verifying the fate of the interest rate swap contract in case the intermediary, prior to the conclusion of the agreement, does not inform the client of the existence of certain information elements, with the consequence that, in fact, the client finds himself concluding the transaction without having been effectively placed in the conditions to perceive the extent of the risk that the aforesaid transaction brings with it.

More specifically, reading the case law decisions, it is still not clear what is the cause of the nullity of the contract in case the information concerning the mark to market, the implicit costs or the probabilistic scenarios is omitted and, in particular, whether the defect in question must refer to the lack of consent, the cause or the object.





### La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia



Valentina Di Gregorio

**SOMMARIO:** **1.** Famiglia e conflitto di coppia: l'opportunità di una soluzione conciliativa. – **2.** La mediazione familiare nel contesto normativo *ante* riforma. – **3.** Le tipologie di mediazione familiare e il ruolo del mediatore. – **4.** Le nuove norme sulla mediazione familiare nel processo di famiglia: un'occasione perduta? – **5.** Il divieto di ricorso alla mediazione. – **6.** Brevi note conclusive.

#### 1. Famiglia e conflitto di coppia: l'opportunità di una soluzione conciliativa

La crisi attraversata dai sistemi di giustizia tradizionali e il superamento della tendenza alla supremazia di una sola posizione a favore di modelli di soluzione dei conflitti di tipo conciliativo risponde ad un'esigenza di organizzazione delle relazioni coerente con i mutamenti della società contemporanea.

È ormai condivisa dalla comunità degli studiosi l'idea che lo sfruttamento delle risorse delle parti e l'emersione dei veri interessi sottostanti alle pretese, spesso offuscate da mere prese di posizione, rappresenti, al di là della contrapposizione tra torti e ragioni, un efficace metodo per pervenire a soluzioni alternative al contenzioso con benefici dal punto di vista della celerità nella composizione della lite, della riduzione dei relativi costi economici e con l'allontanamento del rischio di amplificazione e di reiterazione delle sofferenze e dei disagi che caratterizzano le controversie<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Alcune riflessioni sull'opportunità di percorrere strade alternative al contenzioso giudiziale possono leggersi in CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997, 25; spunti in RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, 161; AUERBACH, *Justice without law? Resolving Disputes without Lawyers*, N.Y., 1983, 12, secondo cui lo strumento conciliativo permette di conquistare una "giustizia senza diritto", fondata sulla partecipazione e sul consenso.

In ambito familiare, la coppia che contrae matrimonio, forma un'unione civile o intraprende un rapporto di convivenza, riversa in quello che gli psicologi definiscono il "contratto di coppia", desideri emotivi, affettivi e relazionali, bisogni o aspettative che nel tempo possono rimanere deluse a causa dei cambiamenti insiti nello sviluppo del ciclo vitale o per le mutate esigenze dei membri della famiglia.

Da un vissuto divenuto intollerabile per la disillusione nascente dalla mancata realizzazione delle aspirazioni iniziali, dallo svelamento di situazioni e di aspetti dapprima sconosciuti dell'altro, dal venir meno della progettualità comune, scaturisce la crisi che causa la fine del rapporto<sup>2</sup>.

È questo il momento del contrasto tra il "patto coniugale" su cui si fonda la relazione, rappresentato dagli aspetti consapevoli ed espressi che confluiscono nella costruzione di una realtà condivisa e di un progetto, e il "patto segreto", costituito dall'intreccio – anche inconscio – di desideri e paure inesprese, cui si accompagna il "patto dichiarato" che corrisponde all'impegno formale assunto, la promessa<sup>3</sup>.

Nella contrapposizione tra il modello prefigurato e quello realmente vissuto, i partner si trovano a fronteggiare lo sgretolamento del rapporto e la definizione dei loro diritti e doveri futuri, impreparati sui fattori di stress che si accompagnano alla separazione, incapaci di comprendere e rielaborare il processo evolutivo che si svolge tra i contrapposti sentimenti di amore/affetto/unione da un lato e dolore/rancore/distacco dall'altro, fonte di smarrimento e incomprensioni.

Le trasformazioni del nucleo familiare connesse ai fenomeni della separazione inevitabilmente attraggono nell'orbita della riorganizzazione della vita futura i figli che, soprattutto se minorenni o in tenera età, devono ricollocare le immagini genitoriali in un contesto rivisitato e superare le difficoltà generate dai sentimenti di prevaricazione e vendetta che i genitori nutrono reciprocamente<sup>4</sup>.

Di qui l'esigenza della ricerca di una soluzione concordata che supporti la famiglia nell'evitare soluzioni drastiche connaturate all'opzione contenziosa, scongiurando costose ed estenuanti consulenze tecniche sui membri della famiglia, scandite da udienze in cui la fase testimoniale costringe le parti a rivivere situazioni capaci di innalzare il livello dello scontro.

---

<sup>2</sup> Ricorda ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, 1, *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2011, 33, che a partire dalla riforma del diritto di famiglia la separazione è concepita come un rimedio all'intollerabilità della convivenza in cui "la soglia di resistenza dell'unità familiare" viene "a coincidere con la soglia di tolleranza di ciascun coniuge".

<sup>3</sup> Si tratta di classificazioni proprie delle scienze psicologiche. V. sul tema SCABINI, CIGOLI, *Il familiare. Legami, simboli e transizioni*, Milano, 2000, 75.

<sup>4</sup> V. CIGOLI, *Psicologia della separazione e del divorzio*, Bologna, 1998; MIGLIORINI, RANIA, *Psicologia sociale delle relazioni familiari*, Bari, 2008.

Il dialogo tra le parti che la mediazione avvia, finalizzato alla riattivazione del canale di comunicazione interrotto, responsabilizza i genitori nella condivisione delle scelte future, in vista della ricostruzione di un nuovo assetto familiare<sup>5</sup>.

Anticipando questioni e problematiche attuali, già nel 1981 Vincenzo Roppo si chiedeva, nel suo libro *Il giudice nel conflitto coniugale*, se le problematiche familiari dovesse essere affrontate non solo in sede giudiziaria, ma anche nel quadro di interventi di tipo amministrativo, attraverso la mediazione di consultori o l'affidamento dei compiti ad un giudice onorario oppure se dovesse essere valorizzata l'autonomia della famiglia<sup>6</sup>.

L'area di osservazione dell'opera riguarda i contrasti all'interno di una famiglia nello svolgimento della sua fase fisiologica, non destinata quindi ad una crisi irreversibile ed è centrata sugli artt. 145 e 316 c.c. sulle scelte di indirizzo della vita familiare e sull'esercizio della potestà dei genitori, oggi responsabilità genitoriale. Le perplessità dell'A. sono espresse, senza che siano screditate possibili soluzioni di mediazione, sull'intervento di operatori esterni diversi dai pubblici poteri, mentre è sottolineata piuttosto l'importanza della prevenzione di crisi e conflitti familiari attraverso il sistema dei servizi sociali senza svalutare l'autonomia privata della famiglia.

L'interrogativo ha trovato una risposta nella legge delega n. 206/2021 che, nel prevedere un riassetto "formale e sostanziale" della disciplina del processo civile, nella finalità di realizzare obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione, ha affidato alla mediazione un – benché prudente – ruolo nella ricomposizione del conflitto.

Come è noto, l'attuazione della riforma, avvenuta con d.lgs. n. 149/2022, si è concretizzata in una revisione della struttura normativa del processo che riconosce maggiori spazi agli strumenti di risoluzione del conflitto alternativi al contenzioso civile, come la mediazione civile e commerciale, l'arbitrato, la negoziazione assistita e la mediazione familiare.

Il nuovo rito unificato per le controversie in tema di stato delle persone, di minori e di famiglia delinea la mediazione familiare come un metodo di soluzione della controversia integrativo al processo con cui le parti, esprimendo la loro libertà di autodeterminarsi, ottengono o creano "la loro giustizia"<sup>7</sup>, prevedendola negli artt. 473-bis.10, 473-bis.14

---

<sup>5</sup> È la stessa Cassazione (6.5.2019, n. 11842, in *Fam. dir.*, 2020, 815) a sottolineare, in situazioni caratterizzate da alta conflittualità suscettibile di determinare conseguenze pregiudizievoli sulla salute psico-fisica della prole, il ruolo chiave spettante al giudice che può disporre percorsi di supporto alla genitorialità, anche tramite l'ausilio di consultori o dei servizi sociali per assicurare la tutela del superiore interesse del minore ad una crescita serena ed equilibrata che potrebbe essere garantita anche tramite una mediazione familiare (il riferimento legislativo è agli ordini di protezione contro gli abusi familiari, regolati, prima della riforma, dall'art. 342-ter, 2° comma, c.c. che richiama i centri di mediazione familiare).

<sup>6</sup> ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, 271 ss.

<sup>7</sup> All'autoresponsabilità nel diritto di famiglia, con specifico riferimento alla mediazione familiare, si riferisce la relazione della Corte di cassazione del 15.12.2022 n. 113 resa sul d.lgs. n. 149/2022, reperibile all'indirizzo [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Precursore del ruolo di rilievo della mediazione familiare nella soluzione dei conflitti familiari è P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella*

del codice di procedura civile e, quanto alla professione di mediatore familiare, negli artt. 12-bis-12-sexies delle disposizioni di attuazione dello stesso codice, ma con espresso divieto di utilizzo nei casi di violenza di domestica e di genere (artt. 473-bis.40 e 473-bis.43, art. 3 del decreto).

All'interno del codice civile, il rilievo della mediazione familiare emerge dal nuovo testo dell'art. 337-ter, 2° comma, c.c., secondo cui il giudice prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori "in particolare, qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare", al quale è conferito il valore di mezzo per consentire ai genitori di condividere il nuovo progetto, nel quadro della loro responsabilità genitoriale.

L'importanza di una soluzione concordata si trae altresì dalla nuova formulazione dell'art. 316, 3° comma, c.c., che promuove in via prioritaria la ricerca dell'accordo anche tramite l'ascolto del figlio minore e amplia, in subordine, il potere di intervento dell'autorità, consentendo al giudice, in mancanza di accordo tra i genitori, di provvedere direttamente ad assumere la decisione, senza più suggerire, come invece previsto nel testo previgente, le determinazioni più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare, né formulare giudizi di idoneità del genitore.

## 2. La mediazione familiare nel contesto normativo ante riforma

Come mezzo di soluzione concordata dei conflitti, lo strumento della mediazione, considerato da un punto di vista generale e non circoscritto al diritto di famiglia, viene promosso già fin dalla metà del secolo scorso negli Stati Uniti con le prime *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, rivolte ad offrire una risposta all'arretrato del carico giudiziario del contenzioso civile<sup>8</sup>, trovando successivamente riconoscimento e diffusione anche in Europa<sup>9</sup>.

---

*famiglia: l'istituto della mediazione familiare*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III, Padova, 1999, 338 ss. e in *Giur. it.*, 1994, IV, 73 ss.; ID., *Diritto di famiglia e mediazione familiare: il punto di vista del giurista*, in ARDONE, MAZZONI (a cura di) *La mediazione familiare, per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*, Milano, 1994, 133. Tra i principali scritti sul tema nell'ambito delle scienze psicologiche e delle tecniche di composizione dei conflitti: J.M. HAYNES, BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, 2 ed., Milano, 3, 18, ss.; PARKINSON, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Trento, 2013, 36. MAZZEL, NERI, *La mediazione familiare. Il modello simbolico generazionale*, Milano, 2017; SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001; ID., *Una famiglia come un'altra*, Milano, 1997; ID. (a cura di), *Genitori ancora. La mediazione familiare nella separazione*, Milano, 1994.

<sup>8</sup> POUND, *The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, *American Bar Association Report*, 1906, rist. 1964; AUERBACH, *Justice Without Law?*, cit., 40. In materia di famiglia, il pioniere della mediazione è COOGLER, *Structured Mediation in Divorce Settlement: a Handbook for Marital Mediation*, Lexington MA, 1978.

<sup>9</sup> V. sul tema GALLETTO, *La mediazione nello spazio giudiziario europeo e in Italia*, in T. GALLETTO (a cura di), *La nuova mediazione civile e commerciale in Italia*, Roma, 2014, 55; CUOMO ULLOA, *La con-*

Nell'ordinamento italiano nazionale, negli ultimi trent'anni, una serie di interventi legislativi, attuati soprattutto all'interno di leggi settoriali (ne diritto del lavoro e nel diritto agrario, nel diritto societario, nei contratti di servizi per l'energia e le telecomunicazioni, nel diritto tributario, in materia consumeristica) hanno testimoniato l'attenzione destinata alla mediazione e alla conciliazione, quali metodi per fronteggiare i conflitti con finalità deflattive, culminata nel d.lgs. 4.3.2010, n. 28, primo testo organico in materia di mediazione civile e commerciale, anch'esso oggetto di modifiche da parte del d.lgs. n. 149/2022<sup>10</sup>.

Alla normativa sulla mediazione civile e commerciale ha fatto seguito il d. l. 12.9.2014, n. 132, che ha introdotto la negoziazione assistita dagli avvocati e che prevede, oltre al tentativo di conciliazione, nell'ambito della crisi della coppia, l'obbligo dei professionisti di informare le parti circa la possibilità di tentare una mediazione familiare (art. 6, 3° comma)<sup>11</sup>, testimoniando il favore del legislatore per quella corrente di pensiero che pone in rilievo i vantaggi raggiungibili con una riorganizzazione delle relazioni familiari concordata<sup>12</sup>.

---

*ciliazione; modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; ID., *La mediazione nel processo civile riformato*, 2015, Bologna; CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 450 ss.; LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201 ss.; POPULIZIO, *La mediazione familiare in Italia*, Torino, 2007, 15. Sul ruolo non secondario delle ADR rispetto alla giustizia tradizionale: E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Pol. dir.*, 1999, 544.

<sup>10</sup> La legge di riforma del processo ha modificato alcuni articoli del decreto n. 28/2010, come l'art. 5 sulla condizione di procedibilità e i rapporti con il processo, l'art. 8 sul procedimento, l'art. 8-bis sulla mediazione in modalità telematica, l'art. 11 sulla conclusione del procedimento e ne ha introdotto di nuovi, come gli artt. 5-bis, 5-sexies e l'intero capo II-bis, sul patrocinio a spese dello Stato, applicabili a partire dal 30.6.2023.

<sup>11</sup> D.l. n. 132/2014, convertito in l. 10.11.2014, n. 162.

<sup>12</sup> Sulla necessità per i figli di mantenimento del rapporto parentale: FERRANDO, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in *Fam. dir.*, 2010, 1174. Riguardo alla condizione psicologica del minore nell'ambito dei rapporti familiari v. MIGLIORINI, RANIA, *Psicologia sociale delle relazioni familiari*, Roma-Bari, 2008; V. J.M. HAYNES, BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare*, cit., 13, 61 ss.; PARKINSON, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, loc. cit. Nell'art. 6 della l. n. 162/2014, che prevede il ricorso alla negoziazione assistita nelle controversie tra coniugi relative alla separazione personale, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio e scioglimento del matrimonio, modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, scioglimento delle unioni civili (ex art. 25 l. 76/2016), è stato introdotto, con l. n. 206/2021 (art. 35), il comma 1-bis che, riguardo ai genitori, introduce lo strumento della negoziazione nelle controversie relative alla modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio, alla determinazione e modifica dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente (matrimoniale e extramatrimoniale), alla modifica delle suddette condizioni già determinate, alla determinazione e modifica degli alimenti. Il comma 3-bis ammette che in negoziazione possa essere stabilita la corresponsione di un assegno di divorzio *una tantum*.

In ambito familiare, il legislatore evoca la mediazione già nel 1997, nel quadro della previsione di servizi di preparazione e di sostegno alla relazione genitori-figli, di contrasto della povertà e della violenza, nonché di misure alternative al ricovero dei minori in istituti educativo assistenziali, proponendo il ricorso a “servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali”<sup>13</sup>.

Prima della riforma del processo di famiglia, le sole disposizioni del codice civile in tema di mediazione familiare erano l'art. 342-ter e l'art. 337-octies, mentre il codice di procedura civile non conteneva alcun richiamo.

L'art. 342-ter c.c., sugli ordini di protezione, nel 2° comma, per il caso di condotta pregiudizievole del coniuge convivente (applicabile anche alle unioni civili ex art. 1, 14° comma, l. n. 76/2016), aveva attribuito al giudice il potere di disporre, tra gli altri provvedimenti, “l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati ...”. La norma è stata sostituita dagli artt. 473-bis. 69, 473-bis. 70, 473-bis. 71 c.p.c. ove è scomparso il riferimento alla mediazione.

Ulteriore riconoscimento legislativo era stato concesso alla mediazione familiare nel panorama normativo italiano dalla l. 8.2.2006, n. 54 sull'affidamento condiviso che, nell'introdurre il principio della “bigenitorialità”, aveva previsto, nell'art. 155-sexies c.c., poi confluito nell'art. 337-octies (*Poteri del giudice e ascolto del minore*) c.c., il ricorso al mediatore familiare, su invito del giudice. Quest'ultima norma, che nel primo comma disciplinava l'ascolto del minore, prevedeva che il giudice potesse rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 337-ter c.c. per consentire ai coniugi (pur in assenza di esplicito richiamo essa si considerava applicabile anche ai genitori non uniti in matrimonio) di giungere ad un accordo tramite la mediazione, avuto riguardo alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

Secondo quanto previsto dall'art. 3 del d. lgs. n. 149/2022, il contenuto del primo comma dell'art. 337-octies sui poteri del giudice è stato trasfuso nell'art. 473-bis.2 c.p.c., mentre il secondo comma, che riguardava l'ascolto del minore, è confluito negli artt. 473-bis. 4 e 473-bis.5 che sostituiscono anche i previgenti articoli 336-bis c.c. e 38-bis disp. att. c.c. Le modalità di attuazione dell'ascolto sono invece dettate negli artt. 152 quater e quinquies disp. att. c.p.c., mirate a salvaguardare la delicata posizione del minore, sia rispetto alla partecipazione di altri soggetti processuali, sia ai fini della regolarità delle procedure informatiche adottate per la registrazione, la conservazione e l'inserimento nel fascicolo informatico delle dichiarazioni rese.

Nel quadro europeo, già nel 1996 la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo aveva valorizzato la mediazione familiare, stabilendo che per prevenire e risolvere i conflitti ed evitare procedure che coinvolgano un fanciullo dinnanzi ad

---

<sup>13</sup> L. 28.8.1997, n. 285, “Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza”, artt. 3 lett. a) e 4, lett. i).

un'autorità giudiziaria "le parti incoraggiano la mediazione o ogni altro metodo di soluzione dei conflitti, nonché la loro utilizzazione per concludere un accordo nei casi che le parti riterranno opportuni" (art. 13)<sup>14</sup>.

Una visione favorevole al ricorso a strumenti di conciliazione del conflitto nel diritto di famiglia è presente anche dal Reg. UE/2201/2003 – Bruxelles II bis, sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale che, nel quadro dei rapporti genitori/figli, ha riconosciuto nell'art. 55, lett. e) esplicito rilievo alla mediazione quale strumento di soluzione dei conflitti, trovando conferma anche nel successivo Reg. UE/2019/1111 (sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e sulla sottrazione internazionale di minori), il cui art. 25 prevede che l'autorità giurisdizionale provveda, direttamente o, se del caso, con l'assistenza delle autorità centrali, a invitare le parti a valutare se siano disposte a ricorrere alla mediazione o ad altri mezzi di risoluzione alternativa delle controversie, salvi i casi in cui ciò contrasti con l'interesse superiore del minore, non sia appropriato nel caso specifico o non ritardi indebitamente il procedimento.

Il legislatore della riforma, nel quadro del potenziamento degli strumenti alternativi, attribuisce alla mediazione la natura di mezzo di composizione di una lite, ma la definisce come un istituto dalle caratteristiche "endoprocessuali o extraprocessuali" in quanto non volta alla riconciliazione della coppia in crisi, ma a rimettere ai coniugi/conviventi la "possibilità" di ricercare un dialogo finalizzato a trovare una soluzione non contenziosa riguardo alle condizioni personali e patrimoniali successive alla separazione e al divorzio e a conservare una relazione che spesso è destinata a protrarsi nel tempo, come nel caso della presenza di figli minori<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.1.1996 e ratificata in Italia con l. n. 77 del 20.3.2003.

<sup>15</sup> Secondo la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, 57, la mediazione familiare non costituisce un vero istituto di risoluzione alternativa della controversia, perché anche quando produce un accordo non risolve di per sé la lite, "essendo sempre necessario un ulteriore momento più specificamente giuridico-formale". Si legge nel testo della relazione: "In particolare, con riferimento alle ipotesi in cui si tratta di provvedimenti riguardanti i figli, essa si propone come un percorso di ristrutturazione e rigenerazione della relazione tra le parti, nella difficile transizione tra la relazione affettiva e il mantenimento di quella genitoriale. È in questo quadro psicologico e comunicativo che interviene l'assistenza di un terzo professionista, il mediatore, che svolge la sua opera con strumenti che non sono puramente giuridici, in un contesto qualificato, o setting, che non faccia percepire alle parti la tensione agonistica e avversariale del processo, ma semmai rafforzi in loro la capacità comunicativa e di confronto e con essa il proposito di mettersi d'accordo. Di qui una serie di peculiarità che deve rispettare la disciplina giuridica di questo istituto, che presenta caratteristiche al contempo endoprocessuali ma anche extraprocessuali". Confida nel maggior successo della mediazione nelle liti relative a rapporti durevoli R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 117; v. sul punto anche LICCI, in TISCINI, *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10.10.2022, n. 149, Quaderni di Judicium*, 2023, 790.

Che la mediazione non sia un mezzo per riconciliare persone che intendono separarsi è indubbio, essendo finalizzata a tale l'obiettivo la terapia di coppia o altre tecniche e rimedi. Ciò non significa tuttavia che essa debba essere sottratta all'insieme delle ADR<sup>16</sup>: lo scopo che le parti si prefiggono negli incontri di mediazione non è quello di ri-conciliarsi, ricreando la situazione precedente al conflitto, ma di trovare un accordo, anche tramite la negoziazione assistita, per la gestione del nuovo assetto di vita dovuto alla separazione (o al divorzio), purché esso sia compatibile con il carattere indisponibile dei diritti dei soggetti coinvolti (il minore, il maggiorenne economicamente non autosufficiente ed anche, per certi aspetti, il coniuge economicamente debole) e nel rispetto di principi come il *best interest of the child* al cui riguardo il potere statale mantiene un controllo in termini di reazione al pregiudizio che potrebbe derivare dal conflitto dei genitori<sup>17</sup>.

### 3. Le tipologie di mediazione familiare e il ruolo del mediatore.

Al mediatore è affidato il compito di aiutare la coppia a trovare un accordo che permetta ad entrambi i genitori soprattutto di continuare a svolgere il proprio ruolo.

Mediare significa “stare nel mezzo”, essere a metà di due mondi separati, mettere in relazione due parti contrapposte: è un processo che consente di far evolvere in modo dinamico una situazione conflittuale, aprendo uno o più canali di comunicazione bloccati, che non sfocia necessariamente in un rapporto amichevole, ma incrementa l'efficacia della gestione delle situazioni di incertezza delle relazioni, contribuendo alla loro conservazione nell'ambiente familiare<sup>18</sup>.

La mediazione opera attraverso l'attività di un terzo imparziale, fornito di adeguate competenze, che non “decide” per altri, ma supporta le persone nel trovare un accordo

<sup>16</sup> Sul nuovo assetto normativo in tema di mediazione CECHELLA, *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, in Id., *Il processo civile dopo la riforma, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Bologna, 2023, 289. Ascrive la mediazione al campo delle ADR, anche dopo la riforma, NOVELLO, *La mediazione familiare indotta dal giudice*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di CECHELLA, Torino, 2023, 77 ss.

<sup>17</sup> Sulla necessità di riempire di contenuto il concetto di “bene” da conservare o da perseguire per il minore e sull'intervento del giudice a tutela del figlio nel diverso caso del rischio di pregiudizio nell'esercizio della potestà (oggi responsabilità genitoriale) di genitori separati o divorziati v. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 52.

<sup>18</sup> Pongono in evidenza questo aspetto: J.M. HAYNES, *Divorce mediation. A Practical Guide for Therapists and Counselors*, New York, 1981; J.M. HAYNES, G. HAYNES, *Mediating Divorce: A casebook of Successful Family Negotiation*, San Francisco, 1989; TURCHI, GHERARDINI, *La mediazione dialogica*, Milano, 2014. CANEVELLI, M. LUCARDI, *La mediazione familiare*, Torino, rist. 2014, 11 ss.; LENZI, *La poetica della mediazione*, in COSÌ, FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003, 50-56, secondo cui “il tempo nuovo della mediazione” allontana dal passato i confliggenti, chiusi in un'esperienza di dolore, per aprire verso un futuro in cui essi possono tornare ad essere protagonisti del loro rapporto.



sul futuro della famiglia, sull'affidamento dei figli minori, sulla gestione della loro vita, sugli aspetti educativi, sulla definizione di alcuni aspetti patrimoniali, come l'assegno di mantenimento e la casa familiare, senza sostituirsi al giudice, né all'avvocato, né al consulente, valorizzando l'autodeterminazione e la capacità delle persone di riorganizzare la vita e di sfruttare le risorse presenti in ciascuna (*empowerment*), sviluppando il desiderio di riacquistare il senso di dignità e di rispetto perduti.

Gli approcci metodologici nel campo della mediazione si dividono sostanzialmente in due modelli di base: la mediazione "globale", cui si riconducono anche la mediazione strutturata e la mediazione negoziale e la mediazione "parziale", che comprende la mediazione sistemica, la mediazione dialogica, la mediazione terapeutica e la mediazione relazionale-simbolica.

Gli obiettivi di carattere generale sono comuni a tutti i metodi e consistono nella facilitazione della riorganizzazione delle relazioni familiari attraverso il ripristino della comunicazione interrotta, nella condivisione della responsabilità e dei compiti di cura verso i figli, nel superamento del conflitto distruttivo.

La mediazione globale si basa su un approccio di carattere cognitivo, con l'obiettivo di ristabilire un equilibrio tra le due posizioni tramite l'attiva partecipazione della coppia nella ricerca di un accordo che possa durare nel tempo, con il minimo accesso degli aspetti emozionali che vengono considerati solo nel quadro di una corretta valutazione del significato di alcune decisioni riguardo ai figli<sup>19</sup>. Si tratta di una tipologia di mediazione che generalmente non coinvolge i minori ed è svolta da un mediatore che, per la sua specifica formazione, è in grado di affrontare problemi inerenti anche i profili patrimoniali derivanti dalla crisi, come la divisione dei beni comuni, l'assegnazione della casa di abitazione, l'entità dell'eventuale assegno per il coniuge e l'apporto di ciascuno per il mantenimento dei figli. L'intervento del mediatore è qui centrato sulla possibilità di modificare le opzioni/soluzioni che ciascuna parte propone e di trasformare le soluzioni contrapposte di partenza. Nella versione "strutturata", la mediazione si prefigge il fine di aiutare a migliorare le condizioni di vita secondo una procedura che consente alle parti di ottenere il massimo vantaggio e di sfruttare le medesime opportunità, sulla base del presupposto della potenzialità insita nelle persone di affrontare una separazione e di trarre dalla sofferenza la capacità di assumere decisioni razionali e responsabili<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Sostenitore della mediazione globale è HAYNES, *The Fundamental of Family Mediation*, New York, 1994. J.M. HAYNES e BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare*, cit., 3, 18, ss., descrivono altri modelli riconducibili alla categoria della mediazione globale, come la mediazione "trasformativa", connotata dalla realizzazione del processo di *self empowerment* e dal reciproco riconoscimento (*recognition*), attraverso un "confronto costruttivo" e un "dialogo riflessivo" e la mediazione "valutativa" che, comportando un grado di intervento del mediatore piuttosto elevato, è considerata inadatta ai conflitti familiari.

<sup>20</sup> Il metodo, sviluppato da COOGLER, *Structured Mediation in Divorce Settlement*, cit., si articola in quattro fasi: definizione del problema, raccolta delle informazioni, formulazione delle opzioni, scelta dell'opzione, secondo il criterio della migliore soluzione possibile cui segue la redazione di

La mediazione parziale si svolge ed è incentrata su problematiche di tipo relazionale<sup>21</sup>.

Il modello più diffuso di mediazione parziale è quello c.d. «sistemico», fondato sulla psicologia sistemica, che ha costituito la base della terapia familiare e prevede la partecipazione dei figli anche minori. L'attenzione del mediatore è concentrata sulla comunicazione e sulle interrelazioni fra i soggetti appartenenti al sistema, dei quali il mediatore intercetta i messaggi che vengono inviati attraverso i canali di comunicazione verbali e non verbali, con l'obiettivo di modificare le regole che governano il sistema e individuare le possibili soluzioni al conflitto. Le sedute si concentrano sulla funzione genitoriale e sui rapporti intercorrenti tra i genitori e tra questi e i figli e, solo marginalmente, su aspetti patrimoniali, lasciati alla competenza dell'avvocato.

In tale pratica si ritiene fondamentale, ai fini della riuscita dell'intervento, nell'ambito dell'ascolto delle parti, l'elaborazione delle emozioni e dei vissuti attraverso un apporto empatico del mediatore che non assume un ruolo attivo, ma di orientamento nella percezione dei sentimenti originati dal conflitto. Il percorso è spesso proposto dagli specialisti della mediazione "relazionale -simbolica" che si occupa dei legami (di coppia e tra generazioni) e del fondamento delle relazioni familiari al di là dei cambiamenti storici; in una sua variante, la metodologia è seguita anche dai sostenitori della consulenza tecnica, quale terreno idoneo alla trasformazione non traumatica delle relazioni familiari e alla composizione del conflitto<sup>22</sup>.

---

un verbale del processo di mediazione che costituisce la base per il lavoro dell'avvocato. La mediazione negoziale differisce dalla mediazione strutturata per l'adozione della tecnica del *problem solving*, in cui il mediatore traduce le posizioni in interessi reali e per l'utilizzo del *brainstorming* che conduce le parti all'elaborazione di tutte le possibili soluzioni e a sviluppare la loro creatività, sospendendo il giudizio critico.

<sup>21</sup> MAZZEL, NERI, *La mediazione familiare. Il modello simbolico generazionale*, cit.; CIGOLI, SCABINI, *La mediazione familiare: l'orizzonte relazionale-simbolico*, in SCABINI e ROSSI, *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Milano, 2004, 19 ss.

<sup>22</sup> CIGOLI, *Introduzione. Divorziare: diritti, dolori, eternità dei legami*, in AA.VV., *La consulenza tecnica nei procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 14, ma anche 40. Costituisce una variante della mediazione parziale la mediazione terapeutica (TFM) che procede secondo un approccio clinico e si concentra non tanto sul conflitto, quanto sulle persone, sugli aspetti emotivi della crisi, alla ricerca della soluzione emotiva e affettiva, focalizzata sulle interazioni, sulle variazioni relazionali intervenute nella coppia e sulle interazioni della famiglia, comprensiva di parenti, amici, ecc., escludendo approfondimenti sui fatti e sulle posizioni delle parti. Al negoziato segue, in questa tipologia di mediazione, il *follow up*, vale a dire la verifica di routine della tenuta dell'accordo a distanza dalla sua conclusione. V., sul tema, H. IRVING, *Divorce Mediation: the Rational Alternative*, PLP, Toronto, 1981; IRVING, BENJAMIN, *Family Mediation: Theory and Practice of Dispute Resolution*, Toronto, 1987. Un altro modello utilizzato nella prassi è quello della mediazione dialogica (TURCHI, GHERARDINI, *La mediazione dialogica*, cit., 61 ss.), fondata sull'abilità del mediatore di generare, attraverso una diversa lettura della "configurazione discorsiva" del conflitto, e quindi attraverso il linguaggio e l'uso dei simboli, un'altra realtà rispetto a quella anticipata dalle parti in conflitto, intesa come patrimonio comune ad entrambi che non era stata individuata nella fase critica del rapporto, idonea

È essenziale, nella mediazione sistemica, che il professionista possieda competenze di tipo psicologico o psicopedagogico tali da sostenere la coppia (e la prole) nella comprensione delle ragioni dei cambiamenti e delle scelte compiute, considerato che, in questo caso, nella stanza di mediazione, oltre che sulle posizioni di ciascun partner, il mediatore si concentra sul vissuto dei bambini o dei ragazzi con i genitori separati. È sollecitato un approccio basato sulla bigenitorialità, mirato ad evitare l'instaurarsi di meccanismi di colpevolizzazione che comporterebbero il fallimento del percorso e l'avvitamento dei genitori su se stessi.

Il tema della genitorialità può essere trattato anche nei confronti dei figli maggiorenni che assistono alla crisi dei genitori in un momento in cui anch'essi percepiscono il desiderio di autonomia e allontanamento dal nucleo familiare: la necessità di costruire nuove esperienze fuori dalla famiglia deve rendersi compatibile con il senso di radicamento dell'esperienza familiare, sicché il mediatore, anche in una fase di cambiamento della fisionomia della famiglia, deve essere in grado di aiutare il figlio ad evitare sia reazioni di accelerazione nello svincolo, sia reazioni di blocco dell'indipendenza<sup>23</sup>.

In Italia è utilizzato spesso il modello "integrato", che dà spazio alla dimensione emotivo-affettiva e alla ridefinizione dei rapporti tra i partner con la collaborazione dell'avvocato, al quale è affidato il compito di "integrare" il lavoro del mediatore per gli aspetti patrimoniali<sup>24</sup>.

Riguardo alle capacità del mediatore, la riforma ha il pregio di aver potenziato i requisiti di formazione e competenza con regole che dovrebbero assicurarne la professionalità.

L'art. 4 del d.lgs. n. 149/2022, a tal fine, introduce il capo I-bis, intitolato "Dei mediatori familiari" nelle disp. att. c.p.c., all'interno del Titolo II, offrendo una legittimazione normativa di rango primario ad una figura professionale rimasta a lungo ai margini del sistema processuale, ordinata da alcuni anni secondo la norma UNI 11644.2016 che detta regole sull'attività e sui programmi di formazione del mediatore<sup>25</sup>.

---

a innescare un processo di assunzione di responsabilità.

<sup>23</sup> CANEVELLI, LUCARDI, *La mediazione familiare*, cit., 72 ss. Non è favorevole alla presenza dei bambini nella mediazione BERNARDINI, *La mediazione familiare tra affetti e diritti*, cit., 104 ss.; Id., *Finché vita non ci separi*, Milano, 1995; contra, RAMPOLLA, *La mediazione globale e la mediazione parziale*, in CAGNAZZO (a cura di), *La mediazione familiare*, cit., 103.

<sup>24</sup> BERNARDINI, *La mediazione familiare tra affetti e diritti*, in SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, 13-127; Id., *Una famiglia come un'altra*, Milano, 1997; Id. (a cura di), *Genitori ancora. La mediazione familiare nella separazione*, Milano, 1994. La necessità di un dialogo tra tutti gli attori del dramma familiare è posta in luce da SCAPARRO, VENDRAMINI, *Pacificare le relazioni familiari*, Trento, 2018 e da SERVETTI, RODELLA, VENDRAMINI, *Mediazione familiare: il giudice, l'avvocato e il mediatore*, in *Officina del diritto*, Milano, 2023.

<sup>25</sup> I corsi di formazione, realizzati di concerto con le associazioni professionali di mediatori familiari, possono trarre origine anche da un'iniziativa accademica (così l'Università di Genova che ha già avviato più edizioni), devono avere una durata di due anni, forniscono competenze di tipo psicologico, legale, di tecniche di mediazione e prevedono lezioni frontali, *role playing* e tirocinio

La professione di mediatore familiare rientra oggi ufficialmente tra le professioni non organizzate in ordini o collegi o “professioni associative” regolate dalla l. n. 4/2013 (art. 1, 2° comma), restando al di fuori delle professioni ritenute di particolare interesse pubblico o attinenti a interessi costituzionalmente garantiti regolate in ordini professionali.

Gli artt. 12-*bis*-12-*sexies*, in conformità a quanto disposto nella l. n. 206/2021, rinviando, quanto all’individuazione delle regole deontologiche, delle tariffe applicabili, della disciplina dell’attività del mediatore e della sua formazione agli emanandi decreti ministeriali, prescrivendo nel contempo la redazione e la conservazione di un elenco di mediatori familiari presso ogni tribunale, con la fissazione di requisiti di iscrizione e la costituzione di un comitato di controllo<sup>26</sup>.

La riforma del processo ha ritenuto indispensabile mettere ordine in un settore fino ad oggi poco regolamentato, puntando sulla qualità delle competenze del mediatore, al quale è richiesta una condotta morale specchiata, un’adeguata formazione e una specifica competenza sul diritto di famiglia, tutela dei minori, violenza domestica e di genere, nel rispetto della normativa dettata dalla l. n. 4/2013 per supportare le persone nella soluzione dei problemi, senza prendere alcuna decisione, né compiere alcuna valutazione di ordine professionale o etico, né assumere ruoli diversi, come l’avvocato o il terapeuta.

Qualunque sia la scelta metodologica adottata, la disciplina della professione di mediatore familiare fissa regole di selezione degli operatori che dovrebbero essere idonee a garantire, tramite il sistema giudiziario e con la collaborazione delle associazioni professionali di mediatori familiari, un controllo sulla loro competenza e serietà.

#### **4. Le nuove norme sulla mediazione familiare nel processo di famiglia: un’occasione perduta?**

La riscrittura del processo civile e la creazione di un rito unificato in materia di persone, minorenni e famiglie, nel riconoscere alla mediazione uno spazio normativo, ne ridimensionano al contempo, tuttavia, la valenza operativa all’interno del sistema di preclusioni previsto nella fase introduttiva del procedimento.

---

(240 ore), in vista del superamento di due livelli di esami necessari per l’esercizio dell’attività e l’iscrizione alle associazioni nazionali di categoria.

<sup>26</sup> Sono già presenti presso molti tribunali sportelli informativi sulla mediazione familiare che conservano un elenco di mediatori familiari con professionalità accertata secondo la normativa UNI 11644.2016. L’art. 12-*ter* disp. att. c.p.c., che innova sul punto, dispone che l’elenco dei mediatori familiari sia tenuto dal Presidente del tribunale, formato da un Comitato presieduto dal Presidente del tribunale, composto anche dal Procuratore della Repubblica e da un mediatore che esercita l’attività nel circondario del tribunale, designato dalle associazioni professionali inserite nell’elenco del Ministero dello sviluppo economico, revisionato ogni quattro anni.

In precedenza contemplata solo all'interno dell'art. 337-*octies* c.c. (e nell'art. 342-*ter*, 2° comma), la mediazione familiare ha ricevuto considerazione sul piano normativo, come anticipato, nell'art. 473-*bis*.10 c.p.c. (*Mediazione familiare*) e nel successivo art. 473-*bis*.14 (*Deposito del ricorso e decreto di fissazione dell'udienza*), norme collocate nel titolo IV *bis*, inserito nel del II libro del codice di procedura civile, con cui il legislatore ha inteso proporre alle parti una soluzione diretta a comporre la lite, senza tuttavia incentivare realmente il ricorso a tale strumento.

A tale constatazione si perviene non tanto per ragioni legate alla non obbligatorietà della mediazione, profilo sul quale, in virtù della natura (e dell'indisponibilità) di molti dei diritti oggetto di contesa e dell'esigenza primaria di tutela della parte più debole del rapporto (almeno finché non saranno previste sul piano delle politiche sociali misure dirette a sostenere i relativi costi) si concorda, quanto per l'articolato meccanismo di scadenze processuali della fase introduttiva del giudizio che prefigura alcune difficoltà di utilizzo dello strumento.

Riguardo alla volontarietà, le nuove disposizioni concepiscono la mediazione come un'opportunità offerta alle parti che possono/devono essere informate della sua utilità, ai fini di trovare una soluzione concordata della lite.

Nel primo comma dell'art. 473-*bis*.10, l'intento "rafforzativo" dello strumento conciliativo della mediazione si traduce infatti nella facoltà del giudice, in ogni momento del processo, di "informare" le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e di "invitarle a rivolgersi a un mediatore", scelto tra le persone iscritte nell'elenco formato a norma delle disp. att. del c.p.c. cui si è fatto cenno sopra (capo I-*bis* – Dei mediatori familiari – artt. 12-*bis*-12-*sexies*).

La finalità dell'informativa è chiara e delimitata: rimettere al giudice, anche in una fase avanzata del procedimento, il compito di suggerire alle parti di rendersi artefici delle scelte successive all'allentamento o allo scioglimento del vincolo e riorganizzare le relazioni familiari, previa raccolta di notizie (presso gli sportelli informativi) circa la finalità, i contenuti e le modalità del percorso di mediazione, per valutare se intraprenderlo con l'ausilio di un professionista qualificato.

Il secondo comma dell'art. 473-*bis*.10 riprende il contenuto del primo nel rendere possibile per il giudice, sempre in via discrezionale, qualora ne ravvisi l'opportunità e comunque con il consenso delle parti, il rinvio dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 473-*bis*.22 (che coincidono con i provvedimenti temporanei e urgenti ritenuti opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da questi proposte e dei figli, tra cui la fissazione dell'assegno, i provvedimenti sulle istanze istruttorie con fissazione del calendario del processo e sulla discussione della causa), per consentire che esse, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli, finalità questa già citata nell'art. 337-*octies*, 2° comma c.c. rispetto ai provvedimenti di cui all'art. 337-*ter* c.c.

La disposizione da ultimo riportata, in tema di provvedimenti relativi ai figli, nel prevedere, nel 4° comma, il recepimento da parte del giudice degli accordi raggiunti dai genitori, ne valorizza il contenuto quando essi costituiscano l'esito di un percorso di mediazione familiare, armonizzandosi con le disposizioni dettate a favore di soluzioni con-

ciliative, in ossequio al principio di cui all'art. 22 lett. a) della l. 206/2021 che dispone il coordinamento delle norme collocate nei diversi testi legislativi vigenti.

L'art. 473-bis.10 non impone un obbligo di informativa che invece compare nell'art. 473-bis.14, dedicato alla fase introduttiva del procedimento.

La norma, in cui non è più prevista l'udienza presidenziale, prevede nel 4° comma che il Presidente, con lo stesso decreto con cui designa il giudice relatore, fissi l'udienza di prima comparizione (2° comma), informi il convenuto che la costituzione oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza implica le decadenze previste negli artt. 38 e 167 c.p.c., informi la parte della possibilità, in presenza dei relativi presupposti, di presentare istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato e informi le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare, con esclusione dei casi di violenza domestica o di genere.

Nonostante l'obbligo di informativa, la mediazione familiare, ancorché ritenuta degna di una collocazione nel contesto del codice di procedura civile, è inserita in un meccanismo processuale che ne indebolisce il valore.

Sotto questo profilo, la serrata sequenza dei tempi di deposito degli atti introduttivi e delle successive memorie fissata nell'art. 473-bis.14 e 473-bis.17 – peraltro non prevista nei criteri della legge delega – che prevede specifiche decadenze, con riguardo ai diritti disponibili (*ex art. 473-bis.19*), appare confezionata in modo da frustrare il ruolo della mediazione e vanificare, in sostanza, nella maggioranza dei casi, il suo effetto pacificatorio.

I termini previsti dalle nuove norme del codice di procedura civile (60-30-20-10-5 giorni), assoggettati alle decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c. e la previsione, per parte attrice, della facoltà di replicare in modo “chiaro e specifico” sui fatti allegati dal convenuto, modificando e precisando a pena di decadenza, le domande e le conclusioni già formulate, oltre alle domande ed eccezioni che sono conseguenza delle difese del convenuto, indicando i mezzi di prova e i documenti entro venti giorni prima della data dell'udienza (art. 473-bis.17, 1° comma), cui corrisponde analogo diritto del convenuto da esercitarsi entro dieci giorni da tale data (art. 473-bis.17, 2° comma) e la previsione di un'ulteriore memoria per l'attore entro cinque giorni (*ex art. 473-bis.17, 3° comma*), appaiono ostili ad un percorso di mediazione.

In sostanza, il regime di preclusioni introdotto sul piano istruttorio, finalizzato a raccogliere entro la prima udienza tutto il materiale necessario perché il giudice possa provvedere sulle istanze delle parti “senza ulteriori rinvii”<sup>27</sup>, considerato che il percorso di incontri di mediazione si snoda generalmente in un periodo di tempo di circa tre mesi, tra sessioni congiunte e separate, impedisce che lo strumento possa “funzionare”.

Inoltre, la necessità di adottare da subito il complesso delle strategie di difesa, *ivi* compresa la domanda di addebito, rimasta graniticamente e anacronisticamente nel palinsesto normativo, enfatizza la lite, in contrasto con lo spirito della mediazione.

<sup>27</sup> Così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, cit., 60.

L'informativa sulla mediazione perde dunque di significato perché le parti si trovano costrette, tramite il deposito di tutte le memorie, a schierare tutta «l'artiglieria» di cui dispongono contro l'altra parte, perdendo l'opportunità di superare la fase più critica del conflitto e subendo gli effetti devastanti dell'estremizzazione di ciascuna delle posizioni.

Il giudice potrebbe consentire lo svolgimento del percorso di mediazione rimettendo le parti in termini, sulla base di un accordo<sup>28</sup> e con istanza congiunta, ma tale soluzione non è contemplata a livello legislativo e allo stato attuale non è chiaro l'orientamento della giurisprudenza sul punto (sarebbe stata opportuna un'esplicita previsione nella trama normativa per la fase dell'udienza di comparizione davanti al giudice relatore), sicché resta il dubbio di incappare nel meccanismo delle preclusioni, ad onta del provvedimento del giudice, soprattutto nel caso in cui, in presenza di un accordo sulla sospensione dei termini, una delle parti revochi il mandato al proprio avvocato, affidando l'incarico ad un altro professionista che potrebbe eccepire la decadenza non ritenendosi vincolato all'accordo intercorso in precedenza; maggiori garanzie potrebbero essere offerte, sotto l'aspetto indicato, da una circolare ministeriale interpretativa o da un pronunciamento della Cassazione.

Così com'è concepito, l'ingresso della mediazione familiare nel processo risulta dunque difficilmente praticabile, con la conseguenza che se non sono le stesse parti spontaneamente e preventivamente a rivolgersi a un mediatore, le *chances* di addivenire ad una soluzione della controversia tramite mediazione rischiano di svanire.

## 5. Il divieto di ricorso alla mediazione

A causa della preoccupante e crescente diffusione del fenomeno della violenza di genere e familiare, nell'impianto del nuovo processo di famiglia è previsto un esplicito divieto di ricorso alla mediazione familiare quando dal contesto conflittuale emergano segnali di violenza, rendendosi necessario garantire la sicurezza della vittima.

La finalità protettiva delle vittime di condotte aggressive integranti violenza giustifica il precetto dell'art. 473-bis.43 che vieta di ricorrere alla mediazione familiare nei casi di violenza intra-familiare e spiega l'eliminazione del riferimento alla mediazione nelle norme che attualmente regolano gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 473-bis.69, 473-bis.70, 473-bis.71 c.p.c.) nel cui ambito era in precedenza previsto che il giudice potesse disporre l'intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione familiare (così era disposto nell'art. 342-ter, 2° comma c.c.).

L'art. 473-bis.70, quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, consente al giudice, su istanza di parte (come previsto anche antecedentemente al d.lgs. n. 149/2022), l'adozione di un decreto contenente provvedimenti contro la parte

<sup>28</sup> Ne rileva la possibile valenza CARRATA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 145.

che ha tenuto la condotta pregiudizievole (ordine di cessazione della condotta, allontanamento dalla casa familiare, prescrizione di non avvicinamento ai luoghi frequentati dal beneficiario), di disporre l'intervento servizi sociali e delle associazioni a tutela delle vittime di abusi e di imporre il pagamento dell'assegno di mantenimento a favore dei soggetti che a seguito dei provvedimenti suddetti restino prive di mezzi adeguati, ma non di disporre, come era stabilito nel testo dell'art. 342-ter, 2° comma c.c., l'intervento di un centro di mediazione familiare.

Le ragioni sono riconducibili alla necessaria armonizzazione delle nuove norme con le prescrizioni contenute nella Convenzione di Istanbul del 2011, recepita in Italia con l. 77/2013, secondo cui è precluso il ricorso a mezzi di conciliazione in caso di violazione di diritti umani attuate con condotte integranti violenza domestica o di genere nei confronti delle donne o di altri membri della famiglia, anche minorenni, che il Consiglio d'Europa intende reprimere quale primario obiettivo delle sue azioni (art. 48).

Il compimento di atti di violenza domestica, nelle sue versioni fisica, psicologica ed economica, anche in forma di prevaricazione e di sopraffazione verso un membro (o più) della famiglia, oltre che di violenza assistita, tali da integrare anche eventuali condotte rivelatrici dell'inadeguatezza di un genitore violento, non è compatibile con l'avvio o il mantenimento di un percorso diretto a favorire la comunicazione e il riavvicinamento di posizioni in conflitto.

In particolare, l'art. 473-bis.42, 3° comma, all'interno della sezione I del capo III (*Disposizioni speciali*), del codice di procedura civile, dedicata alla violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori (art. 473-bis, n. 40), prevede espressamente, nel rispetto della Convenzione, che in presenza delle condizioni sopra indicate, il decreto di fissazione dell'udienza non contenga l'invito a rivolgersi ad un mediatore familiare previsto dall'art. 473-bis.14. La norma, in attuazione dei principi contenuti nell'art. 1, 23° comma, lett. f), m), n) della legge delega che escludono il ricorso alla mediazione nei casi di violenza di genere o domestica, impedisce l'inserimento dell'invito del giudice nel decreto quando nei confronti di una delle parti è stata pronunciata sentenza di condanna o di applicazione della pena, anche non definitiva, o provvedimento cautelare civile o penale o, ancora, quando pende procedimento penale in una fase successiva ai termini di cui all'art. 415-bis c.p.p. (che si riferisce all'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari) per abusi o violenze.

Il successivo art. 473-bis.43, come accennato, è rivolto specificamente alla mediazione familiare per escluderne l'avvio o la prosecuzione in conformità a quanto disposto nell'art. 473-bis.42, 3° comma, relativamente alle condotte di cui all'art. 473-bis.40 (*Abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori*), quando tali condotte sono allegare o comunque emergono in corso di causa (1° comma).

Il 2° comma della norma dell'art. 473-bis.43 impone al mediatore di interrompere immediatamente il percorso di mediazione familiare intrapreso se emerge notizia di abusi o violenze: il mediatore è quindi tenuto ad accertarsi, durante il dialogo con le parti e con i figli – se si tratta di una mediazione in cui è prevista la partecipazione dei figli minori – attraverso le metodologie utilizzate nel campo di sua competenza se all'interno



della famiglia si siano verificate situazioni in cui siano emerse condotte violente o abusive che possano precludere il percorso di mediazione o giustificare l'interruzione dell'attività diretta a cercare un accordo.

Quanto premesso spiega le ragioni per cui in tema di violenza di genere o domestica, come già accennato, è richiesta un'adeguata formazione nell'art. 12-*sexies* disp. att. c.p.c. (come da principio indicato nell'art. 1, comma 23, lett. p l. delega) che valorizza la necessità di una specifica competenza del professionista mediatore familiare, mirata non solo a conoscere – quanto meno nei suoi principi generali – il diritto di famiglia, ma anche a identificare un fenomeno sempre più diffuso nell'ambito delle relazioni familiari ove potrebbero emergere situazioni di vittimizzazione secondaria (che ricorre quando le stesse autorità chiamate a reprimere il fenomeno ne sottovalutano o non ne riconoscono la sussistenza consentendo indirettamente il perpetrarsi degli atti di violenza)<sup>29</sup>.

Sotto questo profilo, al mediatore sono richieste competenze in campo giuridico e psicologico, oltre che di tecniche di mediazione che gli consentano di comprendere, dai colloqui nella stanza di mediazione, se le situazioni esaminate siano incompatibili con il percorso, a causa della ricorrenza di segnali di un'attitudine "potenzialmente" violenta di un coniuge o di un convivente al quale sarebbe concesso, in tal modo, di approfittare della mediazione per avvicinarsi alle vittime in contrasto con la norma che prescrive, invece, l'allontanamento.

Qualche dubbio interpretativo residua anche in questo caso riguardo al significato riservato al concetto di "allegazione" e di "emersione" di notizie in corso di causa di cui all'art. 473-*bis*.43, 1° comma, c.p.c., posto che con tale espressione si potrebbe intendere sia la mera conoscenza dei fatti attraverso le dichiarazioni dei soggetti coinvolti, sia l'avvenuta presentazione di eventuali denunce.

La *ratio* di queste disposizioni, dirette a impedire il ricorso allo strumento conciliativo, induce a ritenere che qualsiasi notizia di violenza emersa anche da mere dichiarazioni e/o descrizioni di situazioni e condotte tenute da parte dei soggetti coinvolti nel percorso comporti la necessità per il mediatore di astenersi dallo svolgimento dell'attività.

## 6. Brevi note conclusive

Gli strumenti alternativi al processo nel diritto di famiglia non riconciliano, né restituiscono l'amore perduto, i progetti, la felicità, ma se governati da professionisti competenti sul tema, possono consentire un'attenuazione dei rancori tra i coniugi o i conviventi e il superamento delle difficoltà generate dalla disgregazione familiare a favore della continuazione del progetto genitoriale. Il dialogo della mediazione, attraverso la

---

<sup>29</sup> Per l'importanza della formazione del mediatore v. la Relazione della Cassazione n. 113/2022, cit., 104 ss.

riattivazione del canale di comunicazione e la ricerca dell'accordo, aiuta la coppia genitoriale (e non) a ritrovare un accordo, responsabilizzandola nell'organizzare e gestire la vita futura della famiglia.

Il valore deflattivo della comunicazione e della condivisione del progetto genitoriale futuro affiora, oltre che dal contesto normativo precedentemente descritto, anche dall'art. 473-bis.50 c.p.c., secondo cui il giudice, quando adotta i provvedimenti temporanei e urgenti ex art. 473-bis.22, indica le informazioni che ciascun genitore è tenuto a comunicare all'altro, allo scopo di evitare derive conflittuali derivanti dall'esigenza non soddisfatta di un genitore di avere notizie sulla vita del figlio da parte dell'altro. Nella medesima direzione sembra operare la norma nella parte in cui richiama il "piano genitoriale" (cui si riferisce anche l'art. 473-bis.12, ultimo comma) che il giudice può proporre per facilitare l'organizzazione della vita dei figli sul piano scolastico, educativo, sociale, ludico, nelle alternanze di tempo con i genitori, che dovrebbe limitare al minimo i motivi di contesa, tenuto conto anche dei piani proposti da ciascuna delle parti<sup>30</sup>.

Le soluzioni indicate dal legislatore contribuiscono a rimuovere il rischio di un "etero-gestione" dei rapporti genitori-figli che, nei casi di aspro conflitto, si trasforma in una non auspicata "supervisione" da parte di soggetti estranei alla famiglia come il coordinatore genitoriale (che oggi pare aver trovato una veste giuridica nella figura dell'esperto nominato su richiesta delle parti ex art. 473-bis.26)<sup>31</sup> che insieme ai terapeuti, ai consulenti a vario titolo coinvolti, al curatore del minore, agli educatori, ai rappresentanti dei servizi sociali, contribuisce a cristallizzare una figura di genitore bisognoso di una sorta di "amministrazione di sostegno", affievolendone identità e funzioni<sup>32</sup> che, invece,

<sup>30</sup> Nella maggioranza dei Tribunali è adottato lo schema di piano genitoriale redatto dal CNF. Il piano accettato dalle parti e poi disatteso dà origine ad un comportamento che può essere sanzionabile ex art. 473-bis.39.

<sup>31</sup> Sulla partecipazione del coordinatore genitoriale alle dinamiche familiari rinnovo le riserve che ho ritenuto di esprimere in passato (in La mediazione familiare nel diritto di famiglia riformato, in *Pol. dir.* 2017, 628). Nella riforma la figura dell'esperto, iscritto all'albo dei consulenti tecnici d'ufficio o al di fuori di esso, in caso di accordo tra le parti, è stata introdotta "per intervenire sul nucleo familiare al fine di superare i conflitti tra le parti, fornire ausilio per i minori e agevolare la ripresa o il miglioramento delle relazione tra genitori e figli". Sul coordinatore genitoriale, PICCINELLI, MAZZONI, CARTER, *La coordinazione genitoriale, dagli Usa un nuovo intervento di supporto per le coppie in separazione/divorzio ad elevata conflittualità cronica*, in *Dir. fam. min.*, 2014, 1 ss.; più recentemente D'ADAMO, *La coordinazione genitoriale nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 481.

<sup>32</sup> Si può pensare alla pericolosità di certe categorie nosografiche, come la PAS (*Parental Alienation Syndrome*, elaborata da GARDNER, *The Parental Alienation Syndrome*, Cresskill, 1992), che hanno trasformato in sindromi le dinamiche relazionali della coppia in separazione: la strumentalizzazione di questa figura, non riconosciuta dalla scienza medica come patologia e invocata nell'ambito di rapporti genitoriali complessi per colpevolizzare uno dei genitori, spesso allo scopo di ottenere l'affidamento esclusivo del minore, ha prodotto effetti opposti al superamento della crisi, enfatizzando per converso il contrasto e privando, nei casi più estremi, i figli della presenza dei loro genitori. V., ex multis, BRUCH, *Parental alienation syndrome: Junk science in child custody determinations*,

devono invece essere valorizzate nel processo di adattamento alla nuova situazione, cui tende la mediazione<sup>33</sup>.

L'utilità del raggiungimento di un accordo si concilia anche con la norma dell'art. 473-bis.49 c.p.c. che, nell'introdurre nel primo comma la novità del cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e nel ridurre sempre più la distanza fra separazione e divorzio, incoraggia le parti a regolare definitivamente e complessivamente le condizioni personali post-coniugali anche con riferimento alla prole, prevenendo il rischio che una discussione sullo scioglimento del vincolo successiva alla separazione favorisca l'insorgere di un nuovo contenzioso<sup>34</sup>.

In questo scenario, la riforma delinea la mediazione familiare come una risorsa per gestire la vicenda della separazione o del divorzio nel rispetto della bigenitorialità.

Come si è tentato di porre in evidenza, tuttavia, nel momento in cui si valorizza la mediazione nella trama normativa se ne afferma contestualmente l'ontologica debolezza: ne deriva che laddove non siano le parti stesse, prima di iniziare la causa, a confidare nella mediazione della quale abbiano avuto notizia tramite la diffusione di una cultura sul tema o grazie ad un atteggiamento di tipo collaborativo dei difensori, lo strumentario processuale non appare congegnato *prima facie* in modo da favorirne l'utilizzo.

Spetta dunque ancora agli avvocati e ai professionisti che gravitano intorno alla coppia e alla famiglia costrette a fronteggiare il trauma della separazione, in una prospettiva di cooperazione scevra da egoismi professionali e da preconcetti anacronistici e consapevole della peculiarità delle situazioni di conflitto che coinvolgono soggetti fragili come i figli minori, involontari partecipi della degenerazione della relazione tra i loro genitori, adoperarsi sinergicamente per promuovere un confronto costruttivo e sospingere le parti a negoziare i termini di un accordo che, in un terreno ove la contesa in giudizio perpetra e alimenta sofferenze, può pervenire a pacificare i rapporti familiari.

---

in *European Journal Law Reform*, 2002, 3, 383; GULOTTA, CAVEDON, LIBERATORE, *La sindrome da alienazione parentale (PAS). Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell'altro genitore*, Milano, 2008. I dubbi sulle modalità di valutazione dei comportamenti riconducibili a sindromi di natura patologica emergono anche in giurisprudenza: recentemente v. Cass., 16.5.2019, n. 13274, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 1156 ss.

<sup>33</sup> Sul punto, WALSH, *La resilienza familiare*, trad. E. Ranieri, Milano, 2008, 19 ss.

<sup>34</sup> Il dibattito sull'ammissibilità della domanda contestuale separazione/divorzio sul solo piano giudiziale e non anche congiunta vede contrapposte le tesi favorevoli (così, ad esempio, la giurisprudenza dei Tribunali di Milano, Genova, Firenze). In dottrina, nel senso del cumulo: LENTI, *Domanda contestuale di separazione e divorzio e domanda congiunta dei coniugi*, in *QG Altalex*; F. DANOVI, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio (prime riflessioni nell'era della riforma Cartabia)*, in *Fam. dir.*, 2023, 493; TOMMASEO, *Riforma Cartabia e domanda cumulata congiunta di separazione e divorzio: i tribunali di Milano e di Firenze*, in *QG Altalex*, 24.5.2023; M. PALADINI, *Il simultaneus processus di separazione e divorzio*, in CECHELLA (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, 54.

**ABSTRACT**

Lo studio, anche attraverso una ricognizione degli strumenti di ADR, descrive il contesto normativo in cui si colloca la mediazione familiare dopo la recente riforma del processo civile ponendo in luce l'importanza di una soluzione concordata nell'interesse dei figli minori e illustra le difficoltà di concreta utilizzabilità dello strumento in assenza di una precisa volontà delle parti.

*This paper, following the recent civil procedure reforms and through the general view of the ADR system, describes the regulatory context for family mediation. It will highlight the importance of mediation techniques specifically designed to preserve the couple's relationship, with the aim of protecting the best interests of the child, and will examine the difficulty of using this as part of the process without the express will of the parties.*



### Attività negoziale e regime autorizzativo nella nuova volontaria giurisdizione



Giulia Donadio

**SOMMARIO:** **1.** L'autorizzazione al compimento degli atti di autonomia privata nel sistema del doppio binario. – **2.** La novità normativa nel quadro del diritto privato sostanziale: alcune questioni interpretative. – **2.1.** La competenza autorizzativa e il notaio *rogante*, tra responsabilità disciplinare e responsabilità professionale. – **2.2.** Gli atti oggetto di autorizzazione. Soggetti non dotati della piena capacità di agire e attività negoziale. – **2.3.** Atti di disposizione dei beni ereditari. In particolare, atti del chiamato e atti compiuti dall'erede beneficiato. – **2.4.** *Segue.* Atti del curatore dell'eredità giacente, atti del "primo istituito" ex art. 692 c.c. e atti compiuti dall'esecutore testamentario. *L'audizione* del legatario di specie. – **3.** Le colonne d'Ercole della competenza autorizzativa notarile.

#### 1. L'autorizzazione al compimento degli atti di autonomia privata nel sistema del "doppio binario"

L'attribuzione al notaio di alcune funzioni in materia di volontaria giurisdizione si colloca nel solco degli "obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile" enucleati dall'art. 1 della L. 206/2021<sup>1</sup>. Segnatamente, l'art. 1 comma 13 lettera b) della legge 206/2021 indica la necessità di "prevedere interventi volti a trasferire alle amministrazioni interessate, ai notai e ad altri professionisti dotati di specifiche competenze alcune delle funzioni amministrative, nella volontaria giurisdizione, attual-

<sup>1</sup> Legge 26 novembre 2021, n. 206, recante la delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata (G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021).

mente assegnate al giudice civile e al giudice minorile, individuando altresì gli specifici ambiti e limiti di tale trasferimento di funzioni”.

Dalla citata legge delega ha avuto origine l'art. 21 del D.Lgs. 149/2022<sup>2</sup>, norma cardine della nuova competenza notarile in materia di volontaria giurisdizione.

Un passo, in questa direzione, era stato già compiuto nella Relazione al Ministro della Giustizia elaborata a cura della “Commissione Luiso”<sup>3</sup>, ove è dato leggere che solo “ragioni di opportunità”<sup>4</sup> hanno, fino a un dato momento, fatto sì che la giurisdizione volontaria, caratterizzata dall'assenza di qualsivoglia illecito, fosse affidata alla magistratura.

Dal testo della relazione traspare, peraltro, la necessità di un meccanismo di pesi e contrappesi che, da un lato, garantisca “piena tutela degli interessi”<sup>5</sup> dei soggetti destinatari dei provvedimenti di volontaria giurisdizione e, dall'altro lato, non escluda in radice il vaglio giurisdizionale sulle loro vicende.

<sup>2</sup> Così dispone la nuova norma, rubricata “*Attribuzione ai notai della competenza in materia di autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione*”: “1. Le autorizzazioni per la stipula degli atti pubblici e scritture private autenticate nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno, ovvero aventi ad oggetto beni ereditari, possono essere rilasciate, previa richiesta scritta delle parti, personalmente o per il tramite di procuratore legale, dal notaio rogante.

2. Il notaio può farsi assistere da consulenti, ed assumere informazioni, senza formalità, presso il coniuge, i parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo del minore o del soggetto sottoposto a misura di protezione, o nel caso di beni ereditari, presso gli altri chiamati e i creditori risultanti dall'inventario, se redatto. Nell'ipotesi di cui all'articolo 747, quarto comma, del codice di procedura civile deve essere sentito il legatario.

3. Ove per effetto della stipula dell'atto debba essere riscosso un corrispettivo nell'interesse del minore o di un soggetto sottoposto a misura di protezione, il notaio, nell'atto di autorizzazione, determina le cautele necessarie per il reimpiego del medesimo.

4. L'autorizzazione è comunicata, a cura del notaio, anche ai fini dell'assolvimento delle formalità pubblicitarie, alla cancelleria del tribunale che sarebbe stato competente al rilascio della corrispondente autorizzazione giudiziale e al pubblico ministero presso il medesimo tribunale.

5. L'autorizzazione può essere impugnata innanzi all'autorità giudiziaria secondo le norme del codice di procedura civile applicabili al corrispondente provvedimento giudiziale.

6. Le autorizzazioni acquistano efficacia decorsi venti giorni dalle notificazioni e comunicazioni previste dai commi precedenti senza che sia stato proposto reclamo. Esse possono essere in ogni tempo modificate o revocate dal giudice tutelare, ma restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca.

7. Restano riservate in via esclusiva all'autorità giudiziaria le autorizzazioni per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi, nonché per la continuazione dell'impresa commerciale”.

<sup>3</sup> Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, *Relazione finale, Proposte normative e note illustrative*, reperibile su [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_LUIISO\\_relazione\\_finale\\_24mag21.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf).

<sup>4</sup> *Relazione finale*, cit., 1.

<sup>5</sup> *Relazione finale*, cit., 99.

Se la tutela pare essere assicurata – nello spirito della relazione licenziata dalla Commissione Luiso – dalla circostanza che i notai “svolgerebbero funzioni di pubblici ufficiali, quali essi sono”<sup>6</sup>, il *caveat* che emerge dai lavori preparatori della riforma è quello della necessità di un sempre possibile, ancorché successivo ed eventuale, controllo del giudice sul provvedimento adottato.

Su queste basi, l’art. 21 del D.Lgs. 149/2022 rappresenta il punto di emersione della rimeditazione di una scelta, antica, di politica del diritto, in virtù della quale il legislatore aveva – fino a poco tempo fa – ritenuto che “il giudice, come *persona fisica*, data la sua *posizione istituzionale*, e le sue *cognizioni specifiche*” fosse “il soggetto più adatto a curare certi interessi, che *potrebbero essere benissimo attribuiti alla cura di altri soggetti*”<sup>7</sup>.

Ecco, quindi, che si delinea una sorta di fungibilità tra notaio/pubblico ufficiale e magistrato incaricato delle funzioni di volontaria giurisdizione, collocati sul medesimo piano in virtù di un cambiamento di prospettiva del legislatore, che allarga la platea delle figure di cui l’amministrazione della giustizia – in senso ampio intesa – può avvalersi, nel perseguimento dell’obiettivo, centrale, della semplificazione e dell’efficienza.

Da ciò deriva un “doppio binario”, che consente ai soggetti coinvolti di rivolgersi, per il rilascio delle autorizzazioni attinenti al compimento di alcuni atti, indifferentemente, al giudice o al notaio.

## 2. La novità normativa nel quadro del diritto privato sostanziale: alcune questioni interpretative

La rimeditazione dell’opzione di politica del diritto dà vita a una novità consistente, la cui effettiva portata è rimessa all’interpretazione che la norma di cui all’art. 21 del D.Lgs. 149/2022 è destinata a trovare nella prassi.

A fronte di una tale portata innovativa, sarebbe stato auspicabile un articolato normativo più lineare e tecnicamente preciso di quello risultante dal testo della disposizione

<sup>6</sup> *Relazione finale*, cit., 99 s.

<sup>7</sup> Così LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2022, 310 (corsivo aggiunto). Da tempo una rivalutazione del ruolo del notaio nella volontaria giurisdizione è stato oggetto di riflessione: in particolare, si veda ALPA, *Commissione di studio per l’elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 793 ss.; sullo stesso argomento, MASONI, *Brevi considerazioni sulle conclusioni della commissione Alpa in materia di volontaria giurisdizione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 1146 ss. In particolare, la Commissione Alpa aveva ipotizzato un meccanismo di silenzio-assenso del giudice sul ricorso promosso dal notaio nell’esercizio dello *ius postulandi* di cui all’art. 1 della legge notarile (l. 89/1913), come ricorda, recentemente, CHIANALE, *Controcanto alla volontaria giurisdizione affidata ai notai*, in *Riv. not.*, 2023, 1, 3 ss. Sul punto, anche TOMMASEO, *Presente e futuro della giurisdizione volontaria*, in *Fam. e dir.*, 2022, 745 ss. e LABRIOLA, *Per un nuovo ruolo del notaio nell’attività di volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2021, 369 ss. In argomento, prima dei tentativi di riforma, già PROTO PISANI, *Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 1 ss.

citata. Tuttavia, il compito dell'interprete è quello di tentare di superare le aporie e di adattare al sistema le nuove previsioni, affinché il nobile intento deflattivo della riforma non sia frustrato.

## 2.1. La competenza autorizzativa e il notaio rogante, tra responsabilità disciplinare e responsabilità professionale

Numerose sono le intersezioni tra diritto sostanziale e diritto processuale, tra ordinamento notarile e regole di responsabilità civile, che l'analisi della norma di cui all'art. 21 D.Lgs. 149/2022 consente di rilevare.

In primo luogo, la competenza notarile e, di conseguenza, la citata fungibilità con il magistrato con funzioni di volontaria giurisdizione sono circoscritte. Il notaio dotato della facoltà di autorizzare il compimento di taluni atti è il “*notaio rogante*”, ossia il notaio incaricato della stipula dell'atto stesso.

Diverse strade sarebbero state percorribili a questo proposito: sarebbe stato possibile, per esempio, affidare il potere di emanare provvedimenti autorizzativi a un notaio territorialmente competente (perché avente sede in un distretto notarile sito nel distretto della Corte d'Appello o nella Regione, sul calco delle competenze in materia di ricevimento degli atti) per il luogo in cui sarebbe stato incardinato il giudice competente, se costui fosse stato adito (si pensi al luogo di domicilio dell'incapace o al luogo di apertura della successione, in relazione a due diverse fattispecie, su cui meglio *infra*).

La scelta è ricaduta, invece, sul collegamento funzionale con l'atto notarile, pubblico o avente forma di scrittura privata autenticata: questo è avvenuto, probabilmente, sulla base della riflessione secondo cui il notaio incaricato di prestare la sua attività sia bene in grado di valutare tutti gli interessi in gioco in una data operazione.

E se questo è senz'altro logico e rispondente all'idea di “prossimità” che il soggetto investito delle funzioni di volontaria giurisdizione deve esprimere rispetto alle vicende che giungono al suo esame<sup>8</sup>, non poche sono le perplessità emergenti dal collegamento funzionale tra notaio rogante e competenza autorizzativa.

Il prototipo normativo del notaio che emana il provvedimento è caratterizzato, giustamente, da un'ontologica imparzialità: gravissima sarebbe, perciò, una *mala gestio* delle nuove competenze, informata alla logica della “chiusura” di trattative che, in mancanza di autorizzazione, non potrebbero avere esito nella stipula dell'atto<sup>9</sup>. La funzione deterrente della responsabilità disciplinare del professionista-pubblico ufficiale dovrà, in questo senso, essere valorizzata e potenziata.

<sup>8</sup> SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, I, Milano, 1985, 81, osserva che “il legislatore vuole che la giustizia sia amministrata dal giudice che, in relazione al luogo in cui svolge le sue funzioni, abbia migliori possibilità di eseguire un'adeguata valutazione dei fatti”.

<sup>9</sup> DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della “legge Cartabia”* (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1434.



Dal punto di vista, poi, della responsabilità professionale, il collegamento tra ricevimento dell'atto e autorizzazione espone il notaio stesso al rischio di un aggravio della sua posizione: se, infatti, rispetto al rilascio dell'autorizzazione deve essere invocato un parametro di diligenza calibrato sull'esercizio di funzioni giurisdizionali<sup>10</sup>, detta attività autorizzatoria, inevitabilmente, ha ricadute sul contenuto dell'atto e sul risultato atteso dalle parti, del quale il professionista è, sia pur entro certi limiti, nelle più recenti ricostruzioni giurisprudenziali, garante<sup>11</sup>.

A fronte di ciò, la recisione del nesso tra il ricevimento dell'atto e il rilascio del provvedimento avrebbe garantito una maggiore evidenza dell'imparzialità del notaio, da un lato, ed un sollievo, dall'altro lato, rispetto ad eventuali pretese risarcitorie generalizzate, ossia non riferite precipuamente all'attività autorizzatoria ma, comunque, ascrivibili all'operazione economica, della quale l'atto rappresenta il suggello.

In concreto, la disciplina sulla competenza autorizzatoria avrebbe potuto radicarsi sul criterio territoriale, come già osservato, o, almeno, escludere il potere del notaio incaricato della stipula dell'atto, con una formula diametralmente opposta a quella adottata dal legislatore: si sarebbe potuto prevedere, allora, che qualsiasi notaio, purché diverso dal notaio rogante, avrebbe potuto rilasciare l'autorizzazione<sup>12</sup>.

## 2.2. Gli atti oggetto di autorizzazione. Soggetti non dotati della piena capacità di agire e attività negoziale

Oggetto del provvedimento autorizzativo notarile, secondo l'art. 21 del D.Lgs. 149/2022, sono gli atti – sia in forma pubblica che autentica – “nei quali interviene un minore, un interdetto, un inabilitato o un soggetto beneficiario della misura dell'amministrazione di sostegno”, nonché gli atti “aventi ad oggetto beni ereditari”.

<sup>10</sup> In tal senso anche PEPE, *Novità in tema di competenza giurisdizionale notarile*, in *Riv. not.*, 2023, 3, 754, secondo il quale dovrebbe trovare applicazione la L. 117/1988, dovendo il comportamento notarile essere vagliato – ai fini di una sua eventuale responsabilità – secondo gli stessi canoni dell'“omologo” Giudice, concretizzandosi altrimenti una irragionevole e grave disparità di trattamento, in spregio dell'art. 3 Cost.”.

<sup>11</sup> Tra le pronunce più recenti, si vedano Cass., 1.06.2023 n. 15490, in CED Cassazione; Cass., 14.11.2022 n. 33439, in *Foro it. on line*, Cass., 18.10.2022 n. 30494, in *Foro it.*, 2023, I, c. 239, Cass., 5.7.2022 n. 21205, in *Foro it. on line*, Cass., 4.3.2022 n. 7185, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1688, Cass., 15.2.2022 n. 4911, in *Riv. not.*, 2022, 393. Scrive DI SAPIO, *L'art. 21 del d.lgs. 149/2022 e la responsabilità civile del notaio in relazione al rilascio dell'autorizzazione di volontaria giurisdizione*, in *Judicium*, 1, 2023, 27, che “se è indubbiamente vero che il notaio non è un *free rider*, è altrettanto vero che è semplicistico e comunque riduttivo pensare di chiudere ogni discorso sul fatto che le parti si aspettano una *peace of mind* dalla prestazione notarile, perché questo sarebbe uno sbrigativo stratagemma per profilare una sorta di responsabilità oggettiva del notaio per rischio professionale, che non riposa su alcun testo di legge e non discende affatto dalla circostanza che il notaio è un ‘pubblico ufficiale’, funzione invero svolta da buona parte degli attori in scena”.

<sup>12</sup> CHIANALE, *Controcanto*, cit., 6.

Quanto alla delimitazione della competenza autorizzativa notarile dal punto di vista dell'oggetto, dunque, è possibile individuare due macroaree: la prima è quella degli atti di cui sono parte soggetti non dotati della piena capacità di agire; la seconda è quella degli atti di disposizione – in senso lato – dei beni ereditari. Dette aree trovano un punto di intersezione là dove l'atto di disposizione del bene ereditario sia compiuto proprio dal soggetto incapace, che necessariamente accetta l'eredità con beneficio di inventario ed è, pertanto, esposto ai conseguenti aggravii autorizzativi nelle vicende dispositive successive.

La concretizzazione della nuova norma è basata sulla sua lettura sistematica: l'autorizzazione notarile sostituisce, nella prima macroarea, l'autorizzazione del giudice tutelare (si pensi alla vendita o all'acquisto di un bene dell'interdetto o del minore sottoposto a tutela, ante riforma soggette al *placet* del Tribunale<sup>13</sup>); nella seconda macroarea, il provvedimento del notaio è alternativo, invece, al provvedimento emanato dal Tribunale c.d. "delle successioni", di cui all'art. 747 c.p.c., al quale è affidato il vaglio dell'operazione (anche) rispetto alle esigenze di tutela dei creditori ereditari e dei legatari.

Nel primo ambito, il principio "faro" che deve orientare l'attività autorizzativa del pubblico ufficiale è la valutazione della necessità e dell'utilità evidente dell'atto rispetto al soggetto non dotato della piena capacità di agire.

L'autorizzazione è posta, infatti, a presidio dell'effettività della misura di protezione, la quale sarebbe svuotata nei suoi caratteri essenziali se l'operato del rappresentante legale (o dell'incapace e del suo assistente, nei casi di "complessità ineguale"<sup>14</sup> dell'atto) fosse svincolato da ogni controllo.

In questo contesto, la posizione del notaio, come quella del giudice tutelare, è delicatissima: la valutazione circa la necessità/utilità evidente dell'atto richiede un'attenta analisi delle implicazioni che esso ha, non solo rispetto al patrimonio, ma anche con riferimento alla persona del soggetto non pienamente capace. L'impronta personalistica e non meramente patrimonialistica delle misure di protezione informa, infatti, il sistema attuale: basti pensare alla cura della persona<sup>15</sup> del beneficiario di amministrazione di sostegno, vessillo dell'istituto sartoriale più recente dell'impianto normativo e, ormai, più diffuso nella prassi.

Proprio affinché sia garantito un adeguato apparato informativo alla base della decisione, al notaio è consentito, dallo stesso art. 21, di "farsi assistere da consulenti, ed

<sup>13</sup> La riforma abroga, infatti, l'art. 375 c.c., affidando al giudice tutelare tutte le autorizzazioni in materia e così ampliando notevolmente il contenuto testuale dell'art. 374 c.c.

<sup>14</sup> È evocata la celebre espressione di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ed. 2012, Napoli, 211. La "complessità ineguale" dell'atto potrebbe riguardare, per esempio, l'ipotesi dell'inabilitato e l'ipotesi del beneficiario di amministratore di sostegno in cui l'amministratore svolga funzioni di assistenza.

<sup>15</sup> Sul tratto della *cura personae* nell'impianto normativo si vedano DELLE MONACHE, *Comm. Gabrielli*, 182 ss.; BONILINI, in BONILINI, TOMMASEO, 343 ss. e, naturalmente, CENDON, *Un altro diritto per i soggetti: l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, 21 ss.

assumere informazioni, senza formalità, presso il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo del minore o del soggetto sottoposto a misura di protezione”. Tra i poteri “istruttori” del notaio vi è, per esempio, quello di richiedere una perizia estimativa del bene oggetto di alienazione o di divisione, ma anche quello di interpellare esperti in grado di fornire pareri sull’opportunità, in termini di equilibrio psicologico e affettivo, per il soggetto incapace o solo parzialmente capace, di abbandonare una dimora consueta.

La facoltà del notaio di esperire l’istruttoria deformalizzata prevista dalla legge sembra innalzarsi a vero e proprio onere del professionista-pubblico ufficiale, conformando la diligenza che a costui è richiesta nell’esecuzione dell’incarico. Se, infatti, detti strumenti sono messi a disposizione dall’ordinamento, una decisione non corroborata da un’indagine adeguata potrebbe non reggere alla prova di resistenza costituita dal reclamo<sup>16</sup>.

Ci si può ora soffermare su talune ipotesi peculiari, rispetto alle quali la novella legislativa non offre indicazioni chiare e che possono dar luogo a notevoli problematiche interpretative.

L’ampiezza della competenza autorizzativa notarile sembra arrestarsi, infatti, secondo la lettera della norma, non solo là dove manchi il collegamento con un atto negoziale affidato al notaio, ma anche ove questo collegamento, pur presente in astratto, imponga l’osservanza di un procedimento complesso.

Il riferimento è all’ipotesi – assai frequente, peraltro, nella prassi – del conflitto di interessi tra il figlio minore e l’unico genitore o i genitori esercenti la responsabilità genitoriale, conflitto che può sorgere proprio rispetto a categorie di atti che sono tipici

---

<sup>16</sup> Il compimento di un’effettiva istruttoria rafforza notevolmente il provvedimento notarile, inserendo lo stesso nel più ampio contesto dei meccanismi di protezione del soggetto debole. Proprio la mera facoltà – e non l’obbligo – di compiere attività istruttoria aveva allarmato il Consiglio Superiore della Magistratura sul tema dell’attribuzione al notariato di alcune competenze in materia di volontaria giurisdizione. Si veda, per esempio, il parere sullo schema di decreto legislativo in attuazione della legge delega 206/2021, di cui alla delibera del CSM del 21 settembre 2022, disponibile su <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+decreto+legislativo+processo+civile+21+settembre+2022/6b06482b-26c7-7204-aec8-343813205244>, ove si legge che “se è vero che la competenza del notaio è alternativa a quella dell’Autorità Giudiziaria, è altrettanto vero che il minore, l’interdetto, l’inabilitato o il soggetto beneficiario della misura dell’amministrazione di sostegno, subirà la decisione dell’esercente la potestà genitoriale o del tutore nella scelta di rivolgersi al notaio per il compimento dell’atto anziché al giudice, con la conseguenza che è possibile che nessuna attività di vigilanza venga esercitata atteso che il notaio non vi è tenuto, avendo il legislatore previsto solo come eventualità che egli possa richiedere informazioni al fine di avere a disposizione un quadro più chiaro circa la convenienza dell’atto per il minore, l’interdetto o l’inabilitato e che possa farsi assistere da consulenti.

<sup>Al contrario, il giudice tutelare esercita istituzionalmente un’attività di vigilanza nei confronti della categoria di soggetti contemplati dalla norma ed è quindi sempre tenuto ad una puntuale ed approfondita verifica della natura dell’atto e della reale necessità di esso alla cura degli interessi del soggetto fragile”.</sup>

delle sistemazioni patrimoniali familiari. Si pensi, per esempio, alla donazione da parte di entrambi i genitori a un figlio minore d'età, nonché alla donazione compiuta da uno solo dei genitori in favore del figlio. In queste situazioni, tradizionalmente<sup>17</sup>, è ravvisato un conflitto d'interessi: nel primo caso, i genitori non possono rivestire la doppia veste di donanti e di legali rappresentanti del donatario; nel secondo caso, non appare praticabile la soluzione secondo cui per il compimento dell'atto la rappresentanza legale del minore si concentra in capo all'altro genitore non donante, che accetta la donazione in nome e per conto del figlio. Detta prospettazione, infatti, collide con il conflitto di interessi tra i genitori stessi, ove essi siano tra loro coniugati, conflitto la cui rilevanza patrimoniale sta nell'alterazione dell'ordine degli obbligati agli alimenti (al cui vertice è posto, successivamente alla donazione, il donatario stesso)<sup>18</sup>.

In tutte queste situazioni, la valutazione circa l'opportunità del compimento dell'atto e l'eventuale richiesta di autorizzazione spetta al curatore speciale, nominato ex art. 320 c. 6 c.c. Secondo la scansione procedimentale più limpida, cioè, soltanto dal curatore speciale, una volta nominato, può essere richiesta l'autorizzazione al compimento dell'atto, rilasciata con un provvedimento ulteriore e successivo rispetto a quello di nomina del curatore<sup>19</sup>.

Ci si domanda, pertanto, se la competenza notarile, radicata sul compimento dell'atto, possa spingersi, in un certo senso, all'indietro, fino alla fase logica precedente consistente proprio nella nomina del curatore speciale. Sul punto, nel silenzio della novella, si prospettano due strade: la prima, più ardita ma senz'altro fondata sull'interpretazione teleologica di una norma semplificatrice e orientata alla degiurisdizionalizzazione, ammette la nomina del curatore speciale da parte del notaio rogante; la seconda, più fedele alla struttura del procedimento, nega simile estensione della competenza notarile, imponendo la nomina giudiziale del curatore, il quale, in un momento successivo, potrà rivolgersi alternativamente al giudice tutelare o al notaio per l'autorizzazione al compimento dell'atto. Proprio questa seconda opzione sembra affermarsi nella prima prassi applica-

<sup>17</sup> L'orientamento è sancito fin dalla nota Cass., 19.1.1981 n. 439, in *Riv. not.*, 1981, che ha segnalato la rilevanza di un conflitto di interessi patrimoniale "in tema di donazione in favore di minore, per la cui accettazione è richiesta in ogni caso l'autorizzazione del giudice tutelare, a norma dell'art. 320, 3° comma (nuovo testo), c.c., qualora la qualità di donante venga assunta da entrambi, o anche da uno solo dei genitori investiti della legale rappresentanza del minore stesso, si verifica un'ipotesi di conflitto di interessi patrimoniali, che rientra nell'ambito della previsione dell'ultimo comma del citato art. 320 c.c., con il conseguente potere-dovere del giudice tutelare di nominare un terzo curatore speciale, e non della previsione del successivo art. 321, il quale con l'intervento del tribunale, regola il diverso caso dell'impedimento o della voluta omissione dei genitori medesimi rispetto all'attività necessaria per la tutela del figlio minore".

<sup>18</sup> Sulla mancanza del requisito di attualità di un conflitto così delineato, peraltro soltanto ipotetico, si veda, recentemente, IACCARINO, *Donazione da genitore a figlio dopo la riforma in materia di volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2023, 2, 145.

<sup>19</sup> DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, I, *Patria potestà*, Milano, 1962, 236; MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1999, 26.

tiva del doppio binario: il binario giudiziale, cioè, resta privilegiato in alcune circostanze, quali quella della nomina del curatore speciale<sup>20</sup>.

Altra questione problematica si ravvisa nella determinazione dello spazio ancora riservato al giudice tutelare ove a costui sia richiesto soltanto un parere, preventivo rispetto all'eventuale autorizzazione del Tribunale, nella materia degli atti di disposizione di beni ereditari appartenenti ad incapaci. Sul punto appare opportuno un rinvio<sup>21</sup>, dal momento che la seconda macroarea di delimitazione oggettiva della competenza notarile sarà esaminata nel prosieguo.

### **2.3. Atti di disposizione dei beni ereditari. In particolare, atti del chiamato e atti compiuti dall'erede beneficiato**

L'art. 21 del D.Lgs. 149/2022 delinea una competenza del notaio, concorrente rispetto a quella del Tribunale, nella materia degli "atti aventi ad oggetto beni ereditari". La formulazione – poco tecnica, invero – è intesa nel senso che il notaio può, ove richiesto, autorizzare il compimento di atti di disposizione di beni ereditari, là dove un provvedimento in tal senso sia previsto dalla legge.

Ampio è il ventaglio di ipotesi collocate in quest'area, a loro volta classificabili in due categorie: nella prima categoria rientrano quegli atti aventi ad oggetto beni ereditari di per sé considerati, ossia beni pervenuti per successione a titolo di eredità; della seconda categoria fanno parte, invece, quegli atti di disposizione di beni ereditari appartenenti a incapaci, tradizionalmente autorizzati a seguito di un dialogo ideale tra il Tribunale del luogo di apertura della successione e il giudice tutelare del luogo di domicilio dell'incapace.

Rispetto a entrambi i settori, è opportuno soffermarsi sui presupposti sostanziali delle singole fattispecie e sulla loro rilevanza ai fini del rilascio o del diniego dell'autorizzazione.

In una lettura che segue la sistematica del codice civile, un'applicazione della nuova competenza autorizzativa è ammissibile, in primo luogo, là dove occorra valutare l'opportunità di un atto di disposizione compiuto dal chiamato, *ex art. 460 c.c.* Detta norma – per alcuni espressione di un vero e proprio dovere di amministrazione di un soggetto che è, rispetto all'erede, formalmente terzo<sup>22</sup> – consente al chiamato all'eredità di alienare, debitamente autorizzato, "i beni che non si possono conservare o la cui conservazione importa grave dispendio". Nell'attività di rilascio dell'autorizzazione occorre, perciò, va-

---

<sup>20</sup> Mostra, invece, un'apertura rispetto alla nomina del curatore speciale da parte del notaio rogante l'analisi di FABIANI e PICCOLO, *L'autorizzazione notarile nella riforma della volontaria giurisdizione*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, 2023, 22. In senso difforme da quanto proposto nel citato studio pare orientarsi la prassi più recente (cfr. Decr. G.T. Roma, 18 aprile 2023).

<sup>21</sup> *Infra*, par. 2.3, ultima parte.

<sup>22</sup> NATOLI, voce *Chiamato alla successione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 921.

lutare se sia intenzione del richiedente porre in essere un atto di vendita e se sussista il presupposto dell'impossibile/difficile conservazione.

Discussa è, invece, la possibilità di autorizzare atti diversi dalla vendita (si pensi al classico caso del mutuo ipotecario garantito dal bene ereditario e finalizzato alla manutenzione o riparazione del medesimo)<sup>23</sup>. Quanto alle conseguenze della vendita – se la *ratio* della norma è quella di sostituire con un diverso bene ciò che non può essere conservato – a integrare il precetto sostanziale soccorre il disposto dell'art. 748 c.p.c., ai sensi del quale il provvedimento autorizzativo deve dare indicazioni sulla conservazione o il reimpiego del prezzo ricavato dall'alienazione.

Di indubbia rilevanza pratica è, poi, la materia degli atti compiuti dall'erede che abbia accettato l'eredità con beneficio di inventario. La norma di riferimento è, qui, l'art. 493 c.c., secondo cui è onere dell'erede beneficiario, affinché permanga la limitazione di responsabilità stabilita in suo favore, ottenere dall'autorità competente l'autorizzazione ad alienare i beni ereditari. In questa ipotesi, a differenza che nella precedente, la formulazione testuale è ampia: nella rubrica vi è, infatti, un generico riferimento all'alienazione, accompagnato, nella disposizione, dall'indicazione esemplificativa della vendita, della costituzione di pegno e della concessione di ipoteca. Detti atti possono essere autorizzati non già quando essi si basino su una necessità/utilità evidente del disponente, bensì soltanto là dove sia rispettata la finalità conservativo-liquidativa della massa che, alla luce del beneficio, è separata dal patrimonio dell'erede e la cui sussistenza è funzionale al soddisfacimento delle ragioni dei creditori ereditari e dei legatari<sup>24</sup>.

A costoro spetta un diritto di preferenza sul patrimonio ereditario di fronte ai creditori dell'erede (art. 490 c. 2 n. 3 c.c.), ossia un diritto di soddisfarsi con precedenza, in costanza di beneficio, sui beni ereditari rispetto ai creditori personali dell'erede. Si tratta, a ben vedere, di una prelazione *sui generis*<sup>25</sup>, non caratterizzata da *ius sequelae*: una volta uscito il cespite, a mezzo dell'atto di alienazione autorizzato, dalla massa amministrata dall'erede beneficiario, tale diritto di preferenza sul medesimo viene meno. Pare, invece, che il ricavato dell'alienazione sostituisca – con un'ipotesi di surrogazione reale eccezionale nell'ordinamento – il bene preesistente, assumendo natura ereditaria (un indice normativo in tal senso si desume dall'art. 492 ultima parte c.c., secondo il quale i creditori possono ottenere idonea garanzia per il prezzo dei beni ereditari ceduti). Del resto, la finalità conservativo-liquidativa dell'amministrazione verrebbe meno ove non si

<sup>23</sup> Il dibattito dottrinale sul tema è, ormai, risalente. Aperti a una lettura estensiva della norma sono NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968, 210; FERRI, *Successioni in generale*, Bologna, 1972, Artt. 465-511, 132. Contra, GROSSO e BURDESE, *Le successioni. Parte Generale*, Torino, 1977, 155.

<sup>24</sup> NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, cit., 164.

<sup>25</sup> Così già PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, Roma, 1973, 297, che nega la sussistenza di un vincolo di natura reale sui beni. Contra, si veda l'autorevole opinione di CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XLII, Milano, 1961.

ammettesse che il ricavato dell'alienazione, di fatto, tiene luogo del bene ereditario<sup>26</sup>, con conseguente traslazione sul medesimo della prelazione citata.

Da questa ricostruzione può essere tratto un importante indice interpretativo della novella, che nulla prevede a proposito del reimpiego in materia di atti di disposizione dei beni ereditari (art. 21 comma 3): sembrerebbe, infatti, che alla luce dei principi generali, una disposizione circa il reimpiego sia assai opportuna, sia nel contesto dell'autorizzazione di un atto del chiamato (arg. ex art. 748 c.p.c.) sia nel contesto dell'autorizzazione di un atto di alienazione dell'erede beneficiato.

Si è già osservato che la materia degli atti aventi ad oggetto beni ereditari compiuti dall'erede beneficiato si interseca con il tema degli atti compiuti dagli incapaci, ai quali sono precluse forme di accettazione di eredità diverse dall'accettazione beneficiata. In questa circostanza, il binario giurisdizionale prevede che l'autorizzazione al compimento dell'atto di disposizione sia emanata dal Tribunale del luogo di apertura della successione, ex art. 747 c.p.c., su parere del giudice tutelare del luogo di domicilio dell'incapace.

Al primo spetta, infatti, di valutare la sussistenza delle finalità conservative e liquidative cui si è già fatto cenno, nell'ottica della tutela degli interessi dei creditori ereditari e dei legatari; al secondo, invece, è demandato il compito di vagliare l'interesse dell'incapace-disponente rispetto al compimento dell'atto.

Il testo dell'art. 21 D.Lgs. 149/2022 non richiama tale ideale dialogo, affidando al solo notaio la valutazione degli interessi in gioco nell'emanazione del provvedimento: se questo appare in linea con la finalità deflattiva della riforma, la prassi appare ancora assai cauta in questo contesto, dal momento che sono stati osservati casi di reclamo, da parte del P.M., del provvedimento autorizzativo notarile non preceduto dal parere del giudice tutelare<sup>27</sup>.

## **2.4. Segue. Atti del curatore dell'eredità giacente, atti del “primo istituito” ex art. 692 c.c. e atti compiuti dall'esecutore testamentario. L'audizione del legatario di specie**

Il ventaglio di situazioni in cui l'autorizzazione notarile può venire in rilievo rispetto ai beni ereditari è ancora ampio: si pensi agli atti compiuti dal curatore dell'eredità giacente, agli atti compiuti dal primo istituito nel fedecommesso assistenziale, nonché agli atti compiuti dall'esecutore testamentario.

La natura di ciascun istituto deve, in dette ipotesi, orientare l'indagine circa l'opportunità del rilascio dell'autorizzazione: l'amministrazione del curatore ex art. 528 c.c.

---

<sup>26</sup> Scrive CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 295, che “il corrispettivo dei beni alienati deve essere conservato per la liquidazione e non potrà essere liberamente utilizzato per le esigenze personali dell'erede”.

<sup>27</sup> Tra i primi casi di reclamo osservati, si segnala il reclamo del PM presso il Tribunale di Milano avverso un provvedimento notarile emanato in assenza del parere del giudice tutelare, depositato in data 7 aprile 2023. Contra, FABIANI e PICCOLO, cit., 71.

è, per esempio, un'amministrazione controllata, in cui la vendita dei beni mobili costituisce l'ipotesi fisiologica mentre la vendita degli immobili dipende da ragioni di necessità o utilità evidente<sup>28</sup>; alle ragioni conservative deve ispirarsi anche la valutazione circa gli atti di disposizione del primo istituito *ex art. 692 c.c.*, dal momento che un'opzione interpretativa diversa frustrerebbe l'*ordo successivus* eccezionalmente ammesso dalla legge in questa fattispecie<sup>29</sup>.

Quanto agli atti compiuti dall'esecutore, mandatario *post mortem* del *de cuius* e titolare di un ufficio di diritto privato<sup>30</sup>, la scelta circa l'autorizzazione deve essere ispirata alla valutazione di idoneità dell'atto rispetto alla realizzazione della *voluntas spectanda defuncti*: quest'ultima, invero, potrebbe essere così dettagliata da non lasciar margine di scelta all'esecutore che, in detta circostanza, potrebbe agire addirittura senza autorizzazione, quale *longa manus* del testatore<sup>31</sup>.

Le variegata fattispecie in cui può essere richiesto un intervento autorizzativo nell'ambito degli atti di disposizione dei beni ereditari sono accomunate, *ex art. 21 comma 2 D.Lgs. 149/2022*, da alcune indicazioni procedurali: si tratta, in particolare, dell'onere di sentire gli altri chiamati e i creditori ereditari risultanti dall'inventario, se (già) redatto, nonché il legatario nel caso di alienazione del bene costituente oggetto di un legato di specie (*ex art. 747 c. 4 c.p.c.*). Se l'audizione della prima categoria di soggetti sembra semplicemente ampliare il novero di elementi sui quali deve basarsi l'apparato informativo preliminare rispetto al provvedimento, la formulazione della norma appare debole

<sup>28</sup> Il curatore è, infatti, titolare di un ufficio di diritto privato non rappresentativo, il cui ruolo è scolpito, nella letteratura giuridica, dalle parole di MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1962, 321, secondo cui egli è "un soggetto che, nell'interesse altrui, in obbedienza ad un dovere ed in forza di un diritto proprio, commisurato al dovere medesimo, esplica in proprio nome una data attività".

<sup>29</sup> AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, Torino, 1997, 338. Sull'ordine successivo, in giurisprudenza, si veda la limpida ricostruzione, pur non recentissima, di Cass., 6.6.2007 n. 13250, in *Giur. it.*, 2008, 1, 50, secondo cui "l'attribuzione per testamento di un bene prima ad un soggetto e quindi ad altro soggetto, per il caso e a partire dal momento in cui il primo venga meno, integra la sostituzione fedecommissaria qualora dal testamento risulti la volontà del testatore di operare *due delazioni in ordine successivo*" (corsivo aggiunto).

<sup>30</sup> MESSINEO, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria. Critica delle teorie, elementi costitutivi e indole dell'esecuzione*, rist., Padova, 1931, *passim*; CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, Torino, 1997, *passim*; Id., voce *Esecutore testamentario*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1997, *passim* e Id., *L'esecutore testamentario visto quale affidatario fiduciario*, in *Fondazione Italiana del Notariato, Percorsi giuridici tra tradizione e innovazione*, 2, 2019, disponibile online all'indirizzo <https://biblioteca.fondazione-notariato.it/art/esecutore-testamentario-qual-e-affidatario-fiduciario.html>, il quale osserva la duttilità della figura dell'esecutore testamentario in funzione della sistemazione di interessi di varia natura del testatore.

<sup>31</sup> CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2015, 1081, che ravvisa negli "atti di straordinaria amministrazione espressamente previsti dal testatore" degli "atti di esecuzione della volontà del *de cuius* e non di autonoma determinazione dell'esecutore", i quali, pertanto, non devono essere autorizzati.



con riferimento all'audizione del legatario di specie. A costui, in effetti, ai sensi dell'art. 747 c. 4 c.p.c. deve essere notificato il ricorso, dal momento che l'atto di disposizione da parte dell'erede del bene che tecnicamente è stato acquistato in automatico dal legatario al momento di apertura della successione (*ex art. 649 c.c.*) integra un'eccezionale ipotesi di rappresentanza *ex lege*. Può essere sostenuto, pertanto, che in mancanza di notifica del ricorso al legatario di specie, l'erede beneficiario operi quale *falsus procurator*, giacché egli non si preoccupa della dovuta integrazione del contraddittorio verso il titolare sostanziale del diritto<sup>32</sup>. Alla luce di ciò, ben più di un mero dovere di sentire il legatario avrebbe dovuto prescrivere l'art. 21, mostrando così una maggiore fedeltà all'interazione tra procedimento e diritto sostanziale che anima la volontaria giurisdizione.

### 3. Le colonne d'Ercole della competenza autorizzativa notarile

L'art. 21 comma 7 del D.Lgs. 149/2022 indica una serie di ipotesi espressamente escluse dalla competenza autorizzativa notarile: infatti, “restano in ogni caso riservate in via esclusiva all'autorità giudiziaria le autorizzazioni per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi, nonché per la continuazione dell'impresa commerciale”.

Si è di fronte, in sostanza, a una norma di chiusura, che rappresenta le colonne d'Ercole della competenza concorrente. Occorre, pertanto, indagare circa la portata effettiva delle esclusioni e il grado reale di estensione della riserva giurisdizionale.

Il notaio, *in primis*, non può rilasciare autorizzazioni “per promuovere, rinunciare, transigere o compromettere in arbitri giudizi”. La formulazione non è tecnicamente e formalmente cristallina: basti osservare, per esempio, l'espressione “compromettere in arbitri giudizi”, quasi ossimorica, visto che si compromette la lite e non il giudizio, il quale manca, in senso puro, ove vi sia un arbitrato. In ogni caso, la cifra costante del lessico usato dal legislatore richiama il concetto di giudizio, quasi a indicare che la competenza notarile deve arrestarsi ove la lite esista e sia, già, *sub iudice*<sup>33</sup>: in questi casi, il binario notarile non può essere più scelto, poiché solo al giudice può spettare la valutazione degli interessi sostanziali rilevanti.

A ben vedere, le ipotesi in cui una vera riserva giurisdizionale opera sono limitate: rispetto alla promozione di giudizi manca, infatti, il necessario collegamento con un

<sup>32</sup> VALENZA, *Gli amari frutti del beneficio di inventario*, in *Casi e quesiti di diritto ereditario*, a cura di BONILINI, Padova, 2003, 43, nota 18, il quale osserva che la mancata notifica del ricorso al legatario “rappresentato” potrebbe viziare il procedimento al punto di condurre quest'ultimo all'emanazione di un provvedimento dotato di vizio suo proprio e, come tale, impugnabile. In questo senso MAZZACANE, *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, Roma, 1986, 82.

<sup>33</sup> Così anche CHIANALE, *Controcanto*, cit., 7. *Contra*, SANTARCANGELO, *L'autorizzazione notarile nella nuova normativa della volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2022, 593, e FABIANI e PICCOLO, cit., 14 s., per i quali per ogni atto di transazione non sussiste la competenza autorizzativa notarile.

atto notarile (se non nella assai residuale ipotesi della procura alle liti conferita per atto notarile); detto collegamento sussiste, invece, rispetto alla rinuncia alla lite, così come rispetto alla transazione. Su questo punto, peraltro, ci si può domandare se sia vietata un'autorizzazione notarile anche per la transazione che non verte su un giudizio in corso ma che occorre a prevenire una lite futura. L'assenza di una lite attuale potrebbe far tendere verso una tesi possibilista, sebbene la prima strada rappresenti ancora l'opzione più cauta. Dall'insussistenza di una lite attuale al momento della stipula, poi, potrebbe derivare anche l'ammissibilità dell'autorizzazione rispetto ad un contratto contenente una clausola compromissoria, ben diversa dal (vietato) compromesso che devolve ad arbitri una lite in corso.

Altro settore in cui si arresta la competenza notarile è quello della continuazione dell'impresa commerciale: qui la norma ribadisce una competenza esclusiva giudiziale ma detta una precisazione, a ben vedere, non necessaria. Questa autorizzazione, infatti, non ha ad oggetto l'atto in sé ed è quindi esclusa già ai sensi del primo comma dell'art. 21, che impone un collegamento funzionale tra competenza autorizzativa e atto notarile successivo.

Là dove, infatti, il soggetto incapace intenda continuare un'attività di impresa commerciale, per esempio in ragione dell'acquisto di un'azienda o di una quota di società di persone, due sono le autorizzazioni necessarie: l'una riguarda il compimento dell'atto di acquisto e l'altra ha ad oggetto la valutazione di congruità circa il proseguimento dell'attività di impresa da parte dell'incapace. In questa situazione, perciò, il binario autorizzativo resta unico – ossia giurisdizionale – per quanto riguarda l'attività, mentre consente l'alternativa giudice/notaio per quel che concerne il negozio di acquisto. La suddivisione della fattispecie sostanziale indirizza in maniera logica l'operatività delle regole sull'autorizzazione, nella sua essenza di elemento integrativo della validità di un atto – o, in taluni casi, della legittimità di un'attività – rilevante sul piano del diritto sostanziale.

## ABSTRACT

La riforma della volontaria giurisdizione attribuisce ai notai la competenza, concorrente con quella del giudice, di autorizzare gli atti compiuti da soggetti deboli e gli atti di disposizione dei beni ereditari.

*The recent Reform of the Italian Civil Procedure impacts on substantial Private Law by developing a new set of rules for the proceedings concerning weak persons and inheritances. In this area, indeed, a new player – the Civil Law Notary – is entitled to evaluate the relevant interests and to issue the necessary authorisations for the conclusion of contracts.*



### La tutela del consumatore quale strumento di regolazione del mercato. Il caso del recesso (*ius poenitendi*)



Andrea Dalmartello

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione: il “*new deal for consumers*” e il trascurabile impatto sul recesso quale strumento di regolazione del mercato. – **2.** Omogeneità della disciplina e funzione regolatoria del recesso. Il problema della eterogeneità delle operazioni negoziali regolate. – **3.** Ancora sulla funzione dei recessi del consumatore in relazione all’eterogeneità delle fattispecie regolate. – **4.** Il recesso-rimedio. Omessa informazione al consumatore, lesione dell’interesse e uso opportunistico del recesso. – **5.** Considerazioni conclusive.

#### 1. Introduzione: il “*new deal for consumers*” e il trascurabile impatto sul recesso quale strumento di regolazione del mercato

I recenti interventi legislativi (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170<sup>1</sup>, d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173<sup>2</sup> e, da ultimo, d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26<sup>3</sup>) in materia consumeristica, attuativi del pacchetto di direttive “*New Deal for Consumers*” del 2019<sup>4</sup>, hanno arricchito in modo

<sup>1</sup> Sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita dei beni di consumo: v. PIRAINO, *La garanzia nella vendita di beni di consumo alla luce della disciplina riformata*, in *Europa dir. priv.*, 2023, 1 ss.

<sup>2</sup> Al riguardo si v. PAGLIANTINI, *L’attuazione minimalista della dir. 2019/770/ue: riflessioni sugli artt. 135 octies – 135 vicies ter c.cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *NLCC*, 2022, 1500 ss.

<sup>3</sup> Cfr., su alcuni profili della novella, DE CRISTOFARO, “*Rimedi*” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. il recepimento nel diritto italiano dell’art. 11-bis della direttiva 2005/29/ce (comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *NLCC*, 2023, 441 ss.

<sup>4</sup> Si fa riferimento in particolare alle direttive 2019/770/UE relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; 2019/771/UE relativa a determinati

non trascurabile obiettivi e strumenti della disciplina europea in materia di protezione del consumatore, senza, tuttavia, mutare la natura regolatoria dell'intervento europeo<sup>5</sup>, in virtù della quale la disciplina privatistica e la tutela della parte protetta sono strumenti diretti a incidere sugli assetti di mercato e sulle decisioni del professionista relative all'organizzazione dell'attività e, in particolare, a modalità e contenuti dell'interlocuzione e della contrattazione con la clientela. La protezione del consumatore, nello specifico contesto dei mercati digitali, connotati da una peculiare vulnerabilità del medesimo e in relazione al tema sostenibilità, specie ambientale, delle scelte di consumo costituiscono profili che un moderno diritto dei consumi non poteva più ignorare<sup>6</sup>.

È, pertanto, per certi versi sorprendente che, nell'ambito di un profondo ripensamento delle politiche perseguite dalla disciplina consumeristica, non vi sia stato spazio per modifiche – se non di dettaglio – a una delle più risalenti tecniche di protezione degli interessi del consumatore, nel contesto del diritto privato regolatorio, vale a dire la facoltà di sciogliere unilateralmente il contratto. A questo riguardo, è la *Consumer Rights Directive* del 2011<sup>7</sup> – pure emendata nel 2019<sup>8</sup> –, a dispetto dell'auspicio di molti di trasformarla in un *bill of rights* del consumatore, a costituire l'ultimo tentativo del legislatore europeo di razionalizzazione<sup>9</sup> dell'*acquis* relativo alla disciplina del recesso. Nell'inter-

---

aspetti dei contratti di vendita di beni, che ha abrogato la dir. 1999/44/CE e alla c.d. direttiva omnibus direttiva 2019/2161/UE, che ha modificato le dir. 93/13/CEE e 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE per assicurare una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Per un'elencazione analitica di tutti i più recenti interventi europei in materia consumeristica v. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022, l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *NLCC*, 2022, 1 ss. (v. in particolare le note nn. 1 e 2).

<sup>5</sup> Sulla funzione regolatoria del diritto privato europeo: MICKLITZ, *The visible hand of european regulatory private law – the transformation of european private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, in *28 Yearbook of European Law*, 2009, 3 ss. Nella dottrina italiana, cfr. SIRENA, *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *ODCC*, 2014, 10 ss.

<sup>6</sup> Attorno a questi poli si sviluppa la riflessione relativa alla portata sistematica del *new deal for consumers* di GROCHOWSKI, *European consumer law after the new deal: a tryptich*, in *39 Yearbook European Law*, 2020, 387 ss.

<sup>7</sup> La direttiva 2011/83/UE è stata attuata con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, sulla quale v. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e per le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, 811 ss.; CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, 745 ss.; BATELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimordenizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 929 ss.; FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *NLCC*, 2014, 959 ss.; RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2011, 754 ss.

<sup>8</sup> Dalla citata direttiva omnibus 2019/2161/UE, sulla quale v. VERSARCI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella "direttiva omnibus"*, in *Persona e mercato*, 2021, 583 ss.

<sup>9</sup> Cfr. considerando nn. 6 e 7 della direttiva. In questo senso v. anche LOOS, *Rights of Withdrawal*, in *Modernising and harmonising consumer contract law*, HOWELLS, SCHULZE (eds.), Köln- Berlin,

rogarsi sulle ragioni di tale omissione e valutare quali problemi e prospettive di sviluppo avrebbero potuto essere coltivate, è opportuno approfondire come la strategia regolatoria europea, integrata da significativi interventi della Corte di Giustizia UE, abbia conformato l'istituto del recesso consumeristico.

Lemma da riferire a ciò che, nella dottrina civilistica<sup>10</sup>, è stato variamente denominato – recesso di pentimento, *ius poenitendi*, diritto di pentimento – e che consiste nell'attribuzione al consumatore, adeguatamente informato al riguardo, del diritto potestativo, da esercitare entro un breve lasso di tempo, di sciogliere, senza sopportarne i costi, ma con effetti tendenzialmente retroattivi, l'operazione contrattuale conclusa con il professionista<sup>11</sup>.

Se si eccettua la peculiare ipotesi della sollecitazione al pubblico risparmio (art. 18-ter l. 7 giugno 1974)<sup>12</sup>, questa previsione di recesso legale venne introdotta per la prima volta, in attuazione della disciplina europea di protezione del consumatore, nella direttiva *doorstep selling* (ossia sulle c.d. vendite negoziate fuori dai locali commerciali) del

---

Otto Schmidt-De Gruyter, 2009, 237 ss. (disponibile anche su <https://ssrn.com/abstract=1350224>, dal quale si cita). Non si tratta, invero, di un risultato pienamente conseguito. Come osservato da attenta dottrina (PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 275 s.), il novellato statuto normativo comune per i contratti a distanza e per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali ha, da un lato, lasciato irrisolte numerose, rilevanti questioni applicative; dall'altro, ha effettuato vistosi passi indietro rispetto al regime previgente, così come ricostruito dai precedenti della Corte di Giustizia UE (evidente, in questo senso, l'attenuazione della tutela del consumatore nella previsione, con riferimento ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, di un *dies ad quem* per l'esercizio del recesso nel caso di omessa informazione riguardo a siffatta facoltà, che – alla luce della nota sentenza *Heininger*, CGUE, 13 gennaio 2001, C-481-99 – nel regime previgente poteva essere esercitato *sine die*).

<sup>10</sup> GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, *passim*; GABRIELLI, PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27 ss.

<sup>11</sup> Sul recesso del consumatore la letteratura è sterminata: senza pretesa di completezza si v., oltre agli autori citati nelle note precedenti BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, Giuffrè, 2011, 956 ss.; Id., *La difesa del consumatore dal contratto: la natura "ambigua" dei recessi di pentimento*, in *Annali del contratto*, Torino, Giappichelli, 2011, 3 ss.; PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1007 ss.; CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1343 ss.; CHERUBINI, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005, *passim*; PILLA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, *passim*; PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, *passim*.

<sup>12</sup> La disposizione richiamata è stata introdotta nella legge istitutiva della Consob dalla l. 23 marzo 1983, n. 77 ed è oggi confluita nell'art. 30 t.u.f. Al riguardo v., anche per ulteriori riferimenti, RIGHINI, *L'offerta pubblica di vendita e sottoscrizione di prodotti finanziari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 16\*\*\*, Torino, UTET, 2011, 445 ss.; FERRARINI, *Sollecitazione del risparmio e quotazione in borsa*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 10\*\*, Torino, UTET, 1993, 83 ss.; PREITE, *In tema di sollecitazione al pubblico risparmio*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 220 ss.; ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 208 ss.

1985 (Direttiva 85/577/CEE)<sup>13</sup>, sul modello di una legge olandese del 1973<sup>14</sup>. Ma è negli anni '90 dello scorso secolo che il recesso si diffonde a macchia di leopardo nel diritto di fonte europea: prima le polizze vita<sup>15</sup>, poi la multiproprietà<sup>16</sup> e i contratti conclusi a distanza<sup>17</sup>; ipotesi seguite, nei primi anni 2000, dai contratti finanziari conclusi a distanza<sup>18</sup>, dal credito ai consumatori<sup>19</sup> e, più di recente, dal *crowdfunding*<sup>20</sup>.

Alla dottrina tradizionale è apparsa subito evidente e grave la frattura con il dogma della forza di legge del contratto generata da questo potere unilaterale di sciogliere il contratto<sup>21</sup>. Non ci dovrebbe essere spazio per ripensamenti non concordati. Tuttavia,

<sup>13</sup> Sulla direttiva 85/577/CEE, attuata con d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 (oggi v. artt. 45 ss. cod. cons.) v. GORGONI, *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Eng. Giur.*, IV, Roma, Ist. Treccani, 1994, 1 ss.

<sup>14</sup> V. per riferimenti LOOS, *Rights*, cit., 2, nt. 14.

<sup>15</sup> Cfr. art. 15 d.lgs. 23 dicembre 1992, n. 515, attuativo della direttiva n. 90/619/CEE (testo poi confluito nelle direttive 92/96/CEE, 2002/83/CE), sul quale v. CANDIAN, DE NOVA, ROPPO, VOLPE PUTZOLU e ZENO ZENCOVICH, *Il diritto di 'ripensamento' nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. econ. ass.*, 1996, 95 ss. V., oggi, art. 177 cod. ass. priv. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 1011.

<sup>16</sup> Direttiva 94/47/CE attuata con d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427 sulla quale v. DI CIOMMO, *Multi-proprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela del consumatore*, in *Foro it.*, 1999, IV c. 39 ss.

<sup>17</sup> Direttiva 97/7/CE, attuata con d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (v. oggi artt. 50 ss. cod. cons.) sulla quale v. ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, 848 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione e contratti a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 377 ss.; MINERVINI, *Contratti a distanza*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, Ist. Treccani, 1994, *passim*; PIGNALOSA, *Contratti a distanza*, cit., 111 ss.; BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013, 215 ss.

<sup>18</sup> Direttiva 2002/65/CE, attuata con d.lgs. n. 19 agosto 2005, n. 190. Oggi si v. artt. 67-bis e ss. cod. cons. Al riguardo: v. TORINO, *La commercializzazione via internet di servizi di investimento e strumenti finanziari e il trading on line, in I contratti del mercato finanziario*, t. 1, II ed., a cura di GABRIELLI, LENER, in *Tratt. dei contratti*, diretto da GABRIELLI, Torino, 590 ss.

<sup>19</sup> DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 285; MAUGERI, PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Milano, 2013, 107 ss.; MAUGERI, *Commento all'art. 125-ter*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di COSTA, Torino, 2013, 1453 ss.; PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 697 ss. Per un complessivo esame della disciplina del recesso nel contesto bancario: MUCCIARONE, SCIARRONE ALIBRANDI, *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.lgs. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 37 ss.

<sup>20</sup> V. 22.2 Reg. 2020/1503/UE relativo ai fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese, e che modifica il regolamento (UE) 2017/1129 e la direttiva (UE) 2019/1937, ove è previsto, a favore dell'aderente non sofisticato a un'offerta di *crowdfunding*, un periodo di riflessione precontrattuale di quattro giorni, che può essere funzionalmente assimilato al diritto di recesso.

<sup>21</sup> Per l'esame della giuridicità di questa "formula enfatica" si rinvia a: DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 315 ss., (ora in *Il Contratto*, Padova, Cedam, 2011, 246) e, più di recente, a DELLA CASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*,

la migliore civilistica europea ha immediatamente ricucito lo strappo rimarcando – con particolare riferimento alle tecniche di vendita aggressive – che la libertà contrattuale è tale solo se frutto di scelte libere – e perciò consapevoli e ponderate – di entrambe le parti e in specie della parte debole<sup>22</sup>.

Tale suggestiva giustificazione rischia però di fornire una rappresentazione imprecisa, al tempo stesso, per eccesso e per difetto.

*Per difetto*, perché non prende in considerazione – e quindi non spiega – tutte le ipotesi di recesso del consumatore, che pure sono avvinte dal nesso di una disciplina – tendenzialmente unitaria – nella *Consumer rights directive* e nelle altre fonti di diritto europeo. Non vi è infatti alcun problema di ponderazione del consenso, inquinato dalla tecnica di negoziazione aggressiva del professionista, nel caso di contrattazione a distanza, così come, parimenti, nei contratti di credito al consumo o di assicurazione sulla vita.

*Per eccesso*, perché il potere di reazione è attribuito al consumatore senza richiedere una puntuale verifica della effettiva lesione dell'interesse della parte protetta<sup>23</sup>: non rileva, in altri termini, se la lesione sia presunta – con valutazione legale tipica – dal legislatore. L'obiettivo è incentivare il potere del consumatore di liberarsi dal vincolo, così da conformare – contribuendone allo sviluppo efficiente – il funzionamento dei segmenti di mercato interessati dalla previsione del recesso. In una diversa prospettiva, sembra potersi affermare che il recesso del consumatore non è connotato dal legislatore europeo in chiave rimediabile (v., però, *infra* § 4): con ciò intendendo il potere di reazione che l'ordinamento riconosce alla parte protetta in caso di lesione di un suo interesse<sup>24</sup>.

---

Torino, Giappichelli, 2013, 6 ss. Di straordinarietà della previsione legale del recesso del consumatore parlava: GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 10.

<sup>22</sup> SACCO, DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, vol. 10, III ed., Torino, UTET, 2002, 182 ss. e 200 s. Nella dottrina germanica emblematica la posizione di CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrecht - Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in *AcP*, 2000, 344 ss., il quale ritiene che il recesso (*Wiederrufsrecht*) del consumatore ha come obiettivo l'esercizio di una libertà contrattuale effettiva (*matierialer Vertragsfreiheit*) da parte del soggetto protetto. Il recesso è, pertanto, strumento di esaltazione dell'autonomia contrattuale del consumatore, non di limitazione di quella del professionista: BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 26 ss.

<sup>23</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, V ed., Torino, 2020, 274 s. il quale precisa altresì che: "non poggia su di un presupposto di fatto sul quale può concentrarsi il successivo apprezzamento di legittimità del giudice in guisa di valutazione concretizzante o di bilanciamento degli interessi contrapposti"; e, con specifico riguardo alla contrattazione telematica: DELFINI, *Negoziazione telematica e tutela del consumatore*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano, 2006, 156. In senso difforme v. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 959, il quale – non diversamente dalla nota ricostruzione dei vizi del consenso di R. Sacco (SACCO, DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, cit., 186 ss.) – ritiene che il recesso costituisca "una (sorta di) riparazione in forma specifica di un "danno" subito da un consumatore nella fase di formazione del contratto". Rileva una similitudine tra recesso di pentimento e annullabilità del contratto per vizi del consenso: CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 844.

<sup>24</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 596 s.;

Al fine di ricostruire i caratteri dell'istituto e risolvere i problemi applicativi che esso pone, si rivela opportuno un esame più analitico dei profili funzionali del recesso del consumatore, giacché limitarsi a indagare la natura dell'istituto non conduce a guadagni conoscitivi ed ermeneutici significativi<sup>25</sup>.

---

SIRENA, ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 366; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1057 ss. Con specifico riferimento al recesso del consumatore v. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., 274 s.; PATTI, *Il recesso del consumatore*, cit., 1011, nt. 14. Più ampia la nozione di rimedio per A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, *Eur. dir. priv.*, 2005, 356 s. Per osservazioni critiche, tese a dimostrare la portata solo "impressionistica" della categoria: v. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 583 ss.

<sup>25</sup> Più precisamente, si sono contrapposte, nel dibattito dottrinale, la teoria procedimentale e quella effettuale, le quali a loro volta si frantumano in numerose varianti, tese a qualificare la vicenda del recesso secondo categorie più o meno riconducibili a quelle tradizionali del codice. La prima ipotesi ricostruttiva è sostenuta in dottrina, con varietà di argomenti e con varietà di costrutti, a partire da GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 72 ss. (cfr. inoltre SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 207 ss.; BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto civile europeo*, a cura di CASTRONOVO, MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 348 e 353; GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 26; VALENTINO, *Recesso*, cit., 155 ss.; PILIA, *Accordo debole*, cit., 593 ss.; ZORZI GALGANO, *Lo jus se poenitendi del consumatore*, *Vita not.*, 2007, 576 s.; alla tesi procedimentale possono essere, seppure con qualche forzatura, ricondotte anche le teorie che assimilano, con varietà di accenti, il recesso a un meccanismo condizionale (v. ad es. FERRARI, *Ipotesi di qualificazione per il "recesso" del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 21 ss.) ovvero la tesi che reputa il recesso un elemento esterno alla fattispecie negoziale, funzionale, però, a rafforzare il consenso e così a incidere sulla produzione di effetti: così SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss. (e in *Il contratto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 2011, 172 ss., dal quale si cita), il quale reputa nullo il contratto a seguito del recesso del consumatore. Si tratta, in breve, di ipotesi ricostruttive che attraggono il *ius poenitendi* in una complessa e articolata fase di formazione dell'accordo. In senso contrario, la teoria effettuale (in questo senso, v. ad es. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 966; SIRENA, *I recessi unilaterali*, in *Tratt. del contratto*, diretto da ROPPO, III, *Effetti*, Milano, 2006, 119 s.; PATTI, *Il recesso del consumatore*, cit., 1032) riconosce al recesso – pur connotato dal legislatore in modo differente dall'istituto codicistico – il tradizionale significato di potere unilaterale di scioglimento di un contratto già concluso tra le parti. Va osservato al riguardo che, così impostato, il dibattito è stato principalmente animato dal tentativo di fornire una spiegazione unitaria e coerente a un dato normativo irrimediabilmente ambiguo. Basti pensare al fatto che il recesso è riconosciuto anche al consumatore che sottoscrive una proposta contrattuale (art. art. 45, comma 1, lett. h, cod. cons.). Pur non avendo rimediato alle segnalate ambiguità (così FARNETI, *Il nuovo recesso*, cit., 971), il legislatore, con l'attuazione della CRD, nel 2014 (d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21), pare aver introdotto regole difficilmente conciliabili con la ricostruzione procedimentale del recesso. In particolare, se è vero che – come rimarcato dai sostenitori della teoria procedimentale – in alcuni casi l'efficacia del contratto resti sospesa pendente il termine per l'esercizio del recesso (così nell'ipotesi di offerta fuori sede di strumenti finanziari ovvero di servizi di investimento ex art. 30 t.u.f. o nel caso di servizi finanziari prestati a distanza ex art. 66 *duodecies*, comma 4, cod. cons.), nei contratti a distanza il termine per l'esercizio del recesso decorre proprio dal momento in cui il professionista ha eseguito (o ha cominciato a eseguire) la prestazione (art. 52, comma 2, cod. cons.). Sebbene non sia più possibile sostenere che l'ormai abrogato art. 67, comma 2, cod. cons., confermi la tesi effettuale, là dove esso impediva



Ciò si giustifica, dal punto di vista metodologico, in quanto nel diritto privato regolatorio – strategia normativa del legislatore europeo che connota trasversalmente la disciplina dei rapporti di consumo ed è volta a favorire la realizzazione di un mercato comune *inclusivo*<sup>26</sup> – non ha senso domandarsi *che cosa* sia il recesso del consumatore<sup>27</sup>: tanto più se la risposta a tale interrogativo viene calata nella prospettiva delle categorie concettuali nazionali, non certo orientate a perseguire analoghi obiettivi di politica economica. Occorre, piuttosto, chiedersi *a cosa serva* il recesso, in quanto il diritto europeo – è stato autorevolmente affermato – persegue pragmaticamente politiche<sup>28</sup>. Detto altrimenti, i concetti giuridici – strumenti ineliminabili del lavoro del giurista – sono da ricostruire in ragione delle politiche, non viceversa<sup>29</sup>.

## 2. Omogeneità della disciplina e funzione regolatoria del recesso. Il problema della eterogeneità delle operazioni negoziali regolate

Al fine di individuare la funzione di un istituto giuridico occorre anzitutto esaminarne la disciplina.

Nella CRD, oltre al dato strutturale dell'*unilateralità*, il recesso è caratterizzato in negativo, dall'assenza di requisiti che ne renderebbero più gravoso l'esercizio: tale facoltà può essere esercitata *senza* motivazione e *senza* spese<sup>30</sup> (art. 52 cod. cons.). Altre caratteristiche sono la *tempestività* (è previsto, come noto, un termine di decadenza di 14

---

al consumatore presso il quale fosse perita la merce oggetto del contratto di esercitare il recesso, la disciplina recentemente novellata non cessa di implicare, quali effetti del recesso, conseguenze restitutorie, le quali paiono presupporre la fisiologica conclusione del contratto (artt. 55, 56, 57 cod. cons.). Infine, la legge chiarisce espressamente che – con riferimento ai contratti a distanza e conclusi fuori dai locali commerciali – “le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni” (art. 66 cod. cons.). Del resto, come efficacemente è stato notato, “l’alternativa effetti/procedimento appare, dunque, ingannevole: il recesso del consumatore agisce sugli effetti, ma reagisce a fattori turbativi che risalgono al procedimento di formazione del contratto” (così BENEDETTI, *Recesso*, cit., *ibidem*). La teoria procedimentale risulta ulteriormente indebolita dalla previsione, ex art. 53, comma 1, cod. cons., di un termine di decadenza per l'esercizio del recesso nell'ipotesi in cui il professionista ometta di informare il consumatore al riguardo. Previsione che evidentemente depotenzia la (supposta) portata strutturale del recesso di pentimento (come notato da PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 280).

<sup>26</sup> Cfr. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018, 276 ss.

<sup>27</sup> Tanto che c'è chi non senza un velo di ironia ha parlato a questo riguardo del “mistero” del recesso: BENEDETTI, *La difesa*, cit., 22. Valorizza il dato funzionale al fine, però, di argomentare la maggiore persuasività della ricostruzione procedimentale dell'istituto: PILIA, *Accordo debole*, cit., 32 ss. e 320 ss.

<sup>28</sup> V. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1489.

<sup>29</sup> Cfr., al riguardo, per l'indicazione di un necessario ripensamento delle categorie tradizionali del diritto civile: N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 25 ss. V. anche la recente riflessione di A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 651 ss.

<sup>30</sup> Sottolinea questo aspetto BENEDETTI, *La difesa*, cit., 9.

giorni)<sup>31</sup> e la *formalità* (sia pure molto attenuata). Come ogni strumento di tutela del consumatore è prevista l'*irrinunciabilità*<sup>32</sup> e la possibilità di derogare alla disciplina in senso unidirezionale, ampliando cioè la tutela del consumatore (e ciò in particolar modo per quanto concerne il termine e le formalità richieste).

Così connotato, è evidente che non ha fondamento – se non in una prospettiva puramente dogmatica<sup>33</sup> – l'interrogativo circa i rapporti tra il recesso del consumatore e le altre ipotesi di scioglimento unilaterale previste dal codice civile. Sono, infatti, pochi e non qualificanti i punti in comune col recesso convenzionale *ex art. 1373 c.c.*, che si riducono alla unilateralità del potere di scioglimento, alla formalità e alla recettività dell'atto<sup>34</sup>. Altrettanto labili risultano i nessi con i recessi legali di parte speciale, ove il potere unilaterale di scioglimento è previsto quale strumento attribuito a una parte, quando viene meno la fiducia nella controparte: la quale, tuttavia, non rimane sprovvista di tutela, giacché l'esercizio del recesso impone di versare all'oblato il lucro programmato fino a quel momento<sup>35</sup>.

La logica che innerva il recesso del consumatore non è assimilabile a quella del recesso codicistico<sup>36</sup>. Ne sono state individuate varie, tra loro complementari: rivalutazione di convenienza, protezione da tecniche di formazione aggressive<sup>37</sup>, garanzia di con-

<sup>31</sup> Recentemente esteso, dal decreto legislativo (d.lgs. n. 26/2023) attuativo della direttiva *omnibus* (2019/2161/UE) a trenta giorni in caso di “contratti conclusi nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l’abitazione di un consumatore oppure di escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l’effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori” (v. nuovo art. 52, comma 1-bis, cod. cons.).

<sup>32</sup> L'irrinunciabilità, da ricondurre alla ratio protettiva del consumatore (art. 143 cod. cons.), è espressamente derogata nel caso di contratti di fornitura di servizi (art. 59, comma 1, lett. a, cod. cons.) e nel caso di fornitura di un contenuto digitale mediante supporto non materiale (art. 59, comma 1, lett. o, cod. cons.).

<sup>33</sup> Parimenti legate a una mera descrizione del dato positivo sono le ricostruzioni di chi evidenzia la progressiva centralità dell'istituto nella teoria generale del contratto: v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 304.

<sup>34</sup> Come sottolineato da alcuni (v. ad es. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 533), mentre il recesso codicistico incide sul rapporto, quello consumeristico incide sull'atto. Al riguardo, e al di là di tale qualificazione degli effetti demolitori del recesso, occorre comunque rimarcare che è la disciplina del codice del consumo a indicare, sia pure in modo non esaustivo, gli effetti del recesso.

<sup>35</sup> Si intende fare riferimento al potere di scioglimento attribuito al soggetto che incarica il professionista, tenuto a eseguire la prestazione che connota l'oggetto del contratto, nell'appalto (art. 1671 c.c.), nel trasporto (art. 1685 c.c.), nel mandato (art. 1723 c.c.), nella commissione (art. 1734 c.c.), nel contratto d'opera e d'opera professionale (artt. 2227 e 2237 c.c.). Su queste disposizioni v. DELLA CASA, *Adempimento e risarcimento*, cit., 23 ss.

<sup>36</sup> Individua tre funzioni delle ipotesi codicistiche di recesso: DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 316 (ora in *Il Contratto*, Padova, 2011, 656), sulla scorta di GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., 13 ss.

<sup>37</sup> V., ad es., FARNETI, *Il nuovo recesso*, cit., 961; C. CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi*, cit., 1363 ss.

senso libero e ponderato<sup>38</sup>, strumento che consente al consumatore un ritorno rapido sul mercato<sup>39</sup>. Scopi immediati funzionali all'obiettivo, mediato, del legislatore europeo di promuovere lo sviluppo di un mercato interno all'Unione privo di barriere, specie per quanto concerne la contrattazione a distanza<sup>40</sup>.

Una siffatta *eterogeneità* funzionale potrebbe apparire in contrasto con la tendenziale *unitarietà* della disciplina<sup>41</sup>. Uno sguardo più attento rivela, viceversa, una certa armonia tra la polifunzionalità dell'istituto e la molteplicità di fattispecie regolate, difficilmente assimilabili se si guarda alle dinamiche negoziali e, di conseguenza, allo scopo che il legislatore assegna al potere di scioglimento unilaterale attribuito al consumatore<sup>42</sup>.

Tali differenze tra i fenomeni regolati richiedono, pertanto, considerazioni più analitiche sulle finalità del recesso in *ciascuno* di essi.

Prima di percorrere questa prospettiva occorre, invero, puntualizzare un profilo già accennato, ma che costituisce il fondamentale punto di partenza di un'indagine così impostata.

Il recesso rappresenta un potente strumento di protezione del consumatore. Proteggere il consumatore, tuttavia, non significa tutelare una categoria sociale omogenea<sup>43</sup>: pertanto, non v'è, nella protezione del consumatore, alcun riferimento a valori di giustizia distributiva.

La tutela del consumatore è valore strumentale rispetto a quello, centrale nel progetto europeo, del corretto funzionamento del libero mercato<sup>44</sup>. Strumentale cioè alla concorrenza, secondo la nota impostazione ordoliberal che connota la regolazione

<sup>38</sup> Cfr. ad es. RENDE, *Il recesso comunitario*, cit., 525. La tutela della libertà contrattuale è centrale nella ricostruzione delle teorie procedimentali del recesso: v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 351; SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, t. 1, in *Tratt. dei contratti*, diretto da RESCIGNO, GABRIELLI, Torino, 2006, 162 ss.

<sup>39</sup> V. ad es. F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore*, cit., 1012; GRISI, *Lo "ius poenitendi" tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 569 s.

<sup>40</sup> Cfr. LOOS, *Rights*, cit., 7 s.; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw? Evaluation of the mandatory right of withdrawal in consumer distance selling contracts taking into account its behavioural effects on consumers*, in 37 *J Consum. Policy* 91, 93, 2014.

<sup>41</sup> Di regimi "convergenti" e di "comune essenza" parla PILIA, *Accordo debole*, cit., 299 ss., in part. 314. *Contra*, rimarca le differenze di disciplina tra le diverse ipotesi di *ius poenitendi*: GRISI, *Lo "ius poenitendi"*, cit., 572 ss.

<sup>42</sup> Di combinazione tra interessi protetti parla PILIA, *Accordo debole*, cit., 325 s. Ipotizza, in ragione del generico dato letterale di cui all'art. 46 cod. cons., una portata generale per tutta la contrattazione con i consumatori – vale a dire oltre le fattispecie espressamente disciplinate dal legislatore – del recesso del consumatore: PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 276, il quale ritiene, tuttavia, poco plausibile tale ipotesi, in ragione dell'assenza di uno statuto normativo, propriamente generale e della mancanza di ragioni storiche e funzionali che giustificino una simile generalizzazione dell'istituto.

<sup>43</sup> V. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 1057 ss.

<sup>44</sup> La notazione è frequente in letteratura: v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 354.

privatistica europea e che risulta, in tempi recenti, arricchita dal valore della giustizia inclusiva (c.d. *access justice*), che l'accesso al mercato di tutti i consumatori permette di conseguire<sup>45</sup>. Né pare che le nuove politiche (sostenibilità e digitalizzazione)<sup>46</sup> perseguite con il *new deal for consumers* abbiano inciso sulla disciplina del recesso di pentimento determinando una diversa curvatura della sua funzione, nella quale non sono tutt'ora ravvisabili intenti redistributivi.

Poiché non è in discussione alcun progetto di diversa distribuzione delle risorse<sup>47</sup>, ma il semplice corretto svolgimento della dinamica di mercato, è opportuno chiedersi in che modo il recesso consenta al mercato concorrenziale di funzionare meglio, così da generare più ricchezza e soddisfare più efficacemente (e in modo meno costoso) i bisogni dei consumatori<sup>48</sup>.

In altri termini, non pare possibile prescindere dall'indagine relativa alle disfunzioni – i fallimenti – del mercato concorrenziale, ai quali risponde la previsione imperativa del *ius poenitendi*.

### 3. Ancora sulla funzione dei recessi del consumatore in relazione all'eterogeneità delle fattispecie regolate

L'indagine programmata richiede di procedere gradualmente. Anzitutto, occorre muovere da alcune nozioni di teoria economica relative alle categorie dei beni, che possono circolare tramite i contratti con riferimento ai quali è previsto il diritto di recesso<sup>49</sup>.

Le proprietà delle utilità scambiate sul mercato dei beni e dei servizi sono state utilmente catalogate in tre categorie<sup>50</sup>. *i) Search qualities*: caratteristiche dei beni che possono essere conosciute dal consumatore attraverso l'esame del prodotto; difficilmente sono tali le qualità di un servizio. *ii) Experience qualities*: qualità che possono essere apprese dal consumatore attraverso l'uso del prodotto ovvero la fruizione del servizio. *iii) Credence qualities*: proprietà non intrinseche al prodotto o servizio, che non si rivelano

<sup>45</sup> Al riguardo, v. NAVARRETTA, *Principi dell'Unione europea, politiche economiche e diritto privato*, in ODCC, 2020, 428 ss., la quale dimostra, attraverso un'efficace lettura dei precedenti della Corte di Giustizia, come l'impostazione ordoliberal del diritto europeo abbia di recente assunto una curvatura meno *libertarian* e più aperta ai valori della giustizia inclusiva.

<sup>46</sup> Sulle quali v. GROCHOWSKI, *op. cit.*, 421 ss., il quale mette in evidenza come le direttive del 2019 introducano nella disciplina consumeristica il tema della sostenibilità ambientale e della tutela del consumatore digitale rispetto alla *commodification* dei dati personali.

<sup>47</sup> V. EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, in ERCL, 2011, 5.

<sup>48</sup> Per questa impostazione – su un piano più generale – v. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in Riv. dir. civ., 2004, I, 787 ss.

<sup>49</sup> Cfr. BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw in contract law*, in 40 *J. Legal Studies* 115 ss. 2011.

<sup>50</sup> Per questa classificazione, si v.: EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 7 s.; BECHER, BAR GILL, *Consumer Protection*, Harvard Public Law Working Paper No. 18-42, 2012, 21, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3194411>.

attraverso l'esame o l'uso. Sono tali, ad esempio, l'assenza di condizioni contrattuali squilibrate, un buon servizio di *customer care*, l'erogazione di servizi professionali (es. servizi finanziari o legali).

Le utilità appartenenti alle menzionate categorie si possono naturalmente intrecciare in relazione allo scambio di quasi ogni bene (es. telefono cellulare); nondimeno, è proficuo indagare le operazioni contrattuali con i consumatori in ragione di quelle prevalenti e più significative per le scelte di consumo.

Nel caso dei contratti *a distanza*, che hanno a oggetto beni *materiali*, il recesso del consumatore è volto a correggere un problema di asimmetria informativa: il consumatore non conosce le caratteristiche concrete dei beni e non può valutarli adeguatamente. In altri termini, al centro dell'asimmetria vi sono *search qualities* del bene, che possono essere agevolmente apprezzate consentendo al consumatore di disporre materialmente dell'oggetto scambiato. Permettendo di vagliare le qualità di un prodotto in modo più accurato, il recesso consente al consumatore di rivalutare la convenienza del contratto concluso: con il che il recesso contribuisce a uno sviluppo del meccanismo concorrenziale, rendendo più appetibile e competitivo il settore della contrattazione a distanza<sup>51</sup>.

Nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, al problema dell'asimmetria informativa circa le *search qualities* del prodotto, si aggiunge il fatto che il destinatario dell'offerta si trova a prendere la decisione negoziale "sotto pressione", sollecitato dal professionista in un ambiente diverso dall'esercizio commerciale e, come tale, più vulnerabile<sup>52</sup>. Non può poi essere trascurato l'effetto che sulla decisione di consumo possono avere i *bias* cognitivi, sfruttati dal professionista nel tracciare l'architettura della scelta del consumatore<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> BEN SHAHAR-POSNER, *The right to withdraw*, cit., 121 ss.; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 94. Rileva che il recesso, rimediando a un'asimmetria informativa, può impedire che si verifichi la tipica conseguenza della c.d. "adverse selection" nel contesto della contrattazione a distanza di beni: EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 8.

<sup>52</sup> Di "*exogenously distorted preferences*" parla EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 14. Cfr. inoltre CGUE, 7 agosto 2018, C-485/17, punto 33. Il legislatore europeo del new deal for consumers ha inteso rendere più intensa la tutela del consumatore, ampliando il termine per l'esercizio del recesso a 30 giorni (art. 52, comma 1-bis, cod. cons.) in caso di tecniche di vendita particolarmente aggressive, nelle quali è il professionista a recarsi senza una richiesta da parte del consumatore, presso la residenza di quest'ultimo per offrire il prodotto oppure quando il professionista organizza escursioni al fine di collocare i prodotti.

<sup>53</sup> Cfr., inoltre, BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 9 ss., i quali mettono in evidenza i rischi che la decisione del consumatore sia influenzata da eccesso di ottimismo sulle proprie capacità di valutarne *ex ante* la convenienza (c.d. *overconfidence bias*). Ciò accade, in particolar modo, in relazione ai prodotti creditizi ove il consumatore può sovrastimare la crescita del proprio reddito e sottostimare l'incidenza delle spese e dei costi applicati dal professionista al credito; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 96 s.; EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 17 s.; e, nella letteratura italiana, BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, Giappichelli, 2019, 33 ss.

Analoghi rilievi possono, invero, svolgersi in relazione ad alcune tecniche di comunicazione a distanza (in specie, *telemarketing* e telefono), che è ormai arduo assimilare alla contrattazione on-line, in quanto, non consentono al consumatore di confrontare agevolmente e, in assenza di pressioni esterne, informazioni relative al prodotto e analoghe offerte presenti sul mercato<sup>54</sup>.

In questi casi il recesso è funzionale ad attenuare gli effetti dell'asimmetria e delle circostanze esogene che possono aver influito sulla scelta di consumo.

I precedenti rilievi inducono a chiedersi se analogo fondamento del *ius poenitendi* possa essere individuato nel contesto dei *servizi*<sup>55</sup>: quantomeno per quelli collocati a distanza. In particolare, è dubbio che l'asimmetria informativa possa considerarsi superata, allorquando il professionista inizi a erogare il servizio, soltanto ove sia spirato il termine decadenziale, ovvero a seguito di espressa rinuncia al recesso del consumatore, quando consentita. A ciò si aggiunga che i servizi – categoria eterogenea che include tanto servizi finanziari quanto lo *streaming* digitale – non sono certamente *search goods*, oscillando tra *experience* e *credence goods*, con riferimento ai quali concedere al consumatore un test preventivo si rivela poco utile al fine di contribuire allo sviluppo di dinamiche di mercato più efficienti<sup>56</sup>.

L'efficacia del *ius poenitendi* è ancora più dubbia quando il prodotto coincide con il rapporto contrattuale, come nel caso dei servizi finanziari (assicurazioni, credito)<sup>57</sup>: *credence goods*, rispetto ai quali il *cooling off period* non svolge alcuna concreta funzione diretta a rimuovere gli effetti dei fallimenti del mercato. È stato rimarcato, per contro, che il recesso, specie nel credito al consumo e nell'assicurazione sulla vita, si giustificerebbe in ragione della complessità del prodotto creditizio o assicurativo<sup>58</sup>, al fine di governare

<sup>54</sup> Sottolineano questo aspetto: BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 33 s., i quali ritengono che la previsione del c.d. *cooling off period* risponda a canoni regolatori del c.d. *asymmetric paternalism*, che predica l'utilità di un intervento mirato del legislatore solo a favore di quelle categorie di soggetti, effettivamente vittima di *bias* cognitivi, evitando regole protettive più generali, che, modificando gli assetti di mercato, possono avere effetti inefficienti [al riguardo, v. in generale. CAMERER, ISSACHAROFF, LOEWENSTEIN, O'DONOGHUE, RABIN, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, in 151 *U. Penn. L. Rev.*, 2003 1211 ss.

<sup>55</sup> Nei servizi rientrano tutte le operazioni che non costituiscono oggetto di vendita: CGUE, 12 marzo 2020, C-583/18, punto 22.

<sup>56</sup> Così anche LOOS, *Rights*, cit., 7.

<sup>57</sup> DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 4.

<sup>58</sup> LOOS, *Rights*, cit., 9. Il recesso promuove la "consumer confidence" secondo TWIGG FLESNER, SCHULZE, WATSON, *Protecting rational choice: information and the right of withdrawal*, in *Handbook on research on international consumer law*, HOWELLS, RAMSAY, WILHELMSSON, II ed., Cheltenham, 2018, 125. Di "impreparazione" rispetto agli effetti derivanti dalla conclusione del contratto discorrono, con riferimento all'art. 30 l.u.f. DOLMETTA, MALVAGNA, MINNECI, *Il «ius poenitendi» tra sorpresa e buona fede: a proposito di Cass. SS. UU. n. 13905/2013*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2013, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 1. Al riguardo, si può tuttavia osservare che non sono chiarite le specifiche ragioni di impreparazione (non sussistenti, cioè, in altri contesti negoziali) che deriverebbero dalla conclusione "fuori sede" e perché proprio tale contesto negoziale richieda la facoltà di ripensamento dell'investitore.

e rendere più trasparente una complessità siffatta. Si tratta, a ben guardare, di un rilievo solo suggestivo<sup>59</sup>. *Per un verso*, la strategia normativa del recesso si pone in contrasto con quella che prevede una informazione precontrattuale molto accurata e orientata alla trasparenza sostanziale<sup>60</sup>, che si intreccia a una valutazione consulenziale di adeguatezza del prodotto creditizio alle esigenze del consumatore. Mentre *per l'altro*, occorrerebbero evidenze empiriche – allo stato assenti – che dimostrino l'effettiva utilità del *cooling off period*. Sembra, infatti, che, nel caso di *credence goods* e in assenza di tecniche di collocamento aggressive, la conclusione del contratto possa aggiungere poco alle informazioni considerate dal consumatore nell'effettuare la propria scelta. È, infatti, poco plausibile – e non è certo frequente – che, dopo la conclusione del contratto, il consumatore si rivolga a consulenti per effettuare una seconda valutazione. Non si può, inoltre, trascurare che, nel credito ai consumatori (v. art. 125-*sexies* t.u.b.), l'estinzione anticipata è sempre possibile<sup>61</sup>, così come la facoltà di riscatto di molte polizze vita, rendendo, per certi versi, sostanzialmente superfluo l'esercizio del recesso. Infine, va considerato che nel credito ai consumatori, il consumatore ottiene il prestito per soddisfare un particolare bisogno immediato e, pertanto, è di per sé poco propenso a rinunciare alla disponibilità economica ottenuta a questo specifico fine.

Si può, pertanto, concludere che il recesso del consumatore sia efficiente e funzionale al corretto funzionamento del mercato quando oggetto del contratto siano beni materiali, in prevalenza connotati da *search qualities*; è viceversa dubbia la desiderabilità

---

Non pare, infatti, sufficiente giustificazione in tal senso il richiamo, aneddotico, alla prospettiva socioeconomica di una più frequente conclusione dei contratti bancari e di investimento presso le filiali degli intermediari.

<sup>59</sup> Così anche NIVARRA, *Rimedi*, cit., 595. In senso contrario, EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 17 s., il quale ritiene che il recesso si giustifichi nei contratti di multiproprietà e di credito ai consumatori essenzialmente sulla base del rischio finanziario che essi generano in capo al consumatore e degli effetti a lungo termine. Non sembra, tuttavia, che si tratti di profili che di per sé possono motivare la previsione imperativa del *cooling off period*. Infatti, con riferimento a contratti caratterizzati da una certa complessità *ex ante* non vi sono elementi concreti per ritenere che, a distanza di qualche giorno dalla conclusione, il consumatore disponga degli strumenti necessari (es. consulenza indipendente) per valutare diversamente le conseguenze economiche ovvero la durata del rapporto contrattuale. Insiste sull'aneddotica circostanza che i contratti di credito ai consumatori siano conclusi da questi ultimi, senza disporre del tempo necessario per esaminare le informazioni precontrattuali: TUCCI, sub art. 125-ter, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, III, Assago, 2018, 2191, il quale ritiene più efficace un modello di disciplina che preveda un periodo di sospensione dell'efficacia del contratto pari al tempo di cui dispone il consumatore per l'esercizio del recesso.

<sup>60</sup> Cfr. CGUE, 30 aprile 2014, C-26/13. In dottrina, v. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 653 ss.

<sup>61</sup> Seppure va ricordato che l'estinzione è vicenda che riguarda l'obbligazione, mentre il recesso il contratto, ossia il rapporto, come opportunamente rimarcano DOLMETTA, SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di "estinzione anticipata" nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 531.

– in una prospettiva *de jure condendo* – del recesso in relazione a servizi o altre utilità immateriali.

L'indagine dei profili funzionali del recesso non può però arrestarsi ai benefici che esso potenzialmente reca al lato della domanda. Occorre prendere in considerazione anche i costi che esso impone al lato dell'offerta<sup>62</sup>: non sarebbe giustificabile una misura imperativa, che si pone l'obiettivo di rendere il mercato più efficiente, per poi rivelare costi superiori ai benefici.

Con riferimento alla circolazione di beni materiali, è agevole osservare che i costi consistono nella perdita di valore del bene, che non è detto possa essere reimmesso sul mercato.

Una regola ottimale dovrebbe riconoscere il recesso al consumatore, là dove i benefici di una riduzione dell'asimmetria informativa (dovuta alla possibilità di disporre materialmente del bene) superano i costi del deprezzamento<sup>63</sup>.

Tuttavia, individuare *ex ante* tanto i benefici dell'informazione, quanto i costi risulta concretamente difficile, se non impossibile.

Il legislatore europeo ha trovato un punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze attraverso tre profili della disciplina.

Anzitutto, limitando il periodo di tempo entro il quale deve essere esercitato il recesso (14 o, in caso di tecniche aggressive, 30 giorni)<sup>64</sup> e spedita la merce (altri 14 giorni), così da limitare il rischio di deprezzamento del bene e disinnescare *ex ante* le *chances* per il consumatore di utilizzare il bene e così conseguire un ingiustificato arricchimento, che non reca alcun beneficio alle dinamiche concorrenziali del mercato<sup>65</sup>.

In secondo luogo, la disciplina alloca in capo al consumatore le sole conseguenze economiche dell'uso inidoneo del bene (art. 57, comma 2, cod. cons.), non il deprezzamento del bene in sé. Questa regola presenta una sola eccezione nell'ipotesi recesso da contratti di servizi, in relazione ai quali il consumatore abbia acconsentito alla erogazione del servizio in pendenza del termine per recedere. In questo caso, il recesso non è più senza costi: l'art. 57, comma 3 esclude che il consumatore abbia diritto a ricevere l'intera somma versata. Quest'ultima è proporzionalmente diminuita del valore di mercato della prestazione fino a quel momento fruita dal consumatore. Non potendo darsi

<sup>62</sup> A questi si aggiungono costi di transazione difficilmente quantificabili quale, ad es., l'incertezza circa l'esercizio del recesso da parte del consumatore e il fatto che il consumatore potrebbe dover posticipare la soddisfazione del proprio bisogno a causa di un contratto non gradito: v. EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 6.

<sup>63</sup> Così BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw*, cit., 121.

<sup>64</sup> È stato notato che un *cooling off period* così breve potrebbe non essere efficace nel contesto del collocamento di multiproprietà su immobili, alla luce del contesto "vacanziero" nell'ambito del quale tali diritti sono venduti ai consumatori: Loos, *Rights*, cit., 7.

<sup>65</sup> Si tratta naturalmente di una soluzione di compromesso che rischia di rivelarsi inefficiente, allorché il beneficio per il consumatore relativo a una migliore valutazione del bene è superato dal deprezzamento della merce e dalla difficoltà per il venditore di ricollocarla sul mercato: v. BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw*, cit., 122.



la restituzione in natura di un *facere*, ossia del servizio fino a quel momento prestato, il consumatore è tenuto a remunerare il professionista secondo criteri di mercato, con ciò confermando che, anche il legislatore europeo, è ben consapevole del fatto che i servizi non possano essere trattati alla stregua dei beni materiali<sup>66</sup>.

Infine, sono escluse dall'ambito di applicazione della disciplina del recesso alcune ipotesi di beni (es. alimenti) che subiscono un deprezzamento (o un deperimento) troppo repentino nel caso di restituzione.

Questo insieme di regole non dovrebbe, nell'intento del legislatore, scoraggiare l'esercizio del recesso, ma ha lo scopo di evitare per il professionista costi eccessivi: in una prospettiva di sistema, la fiducia maggiore dei consumatori dovrebbe contribuire allo sviluppo dei settori interessati dalle previsioni del recesso. Emblematico pare il caso dell'*e-commerce*, ove il recesso è – quantomeno in relazione a determinate categorie merceologiche (si pensi agli indumenti) – elemento caratterizzante l'operazione economica, giacché non vi è un significativo deprezzamento in caso di immediata restituzione del bene.

In altri casi, viceversa, la previsione di un recesso obbligatorio potrebbe avere un effetto meno benefico sulle dinamiche di mercato, alimentando un indesiderabile fenomeno di c.d. *cross subsidization*. Si intende fare riferimento ai possibili incrementi dei costi applicati dal professionista a tutta la clientela, tali da generare sussidi incrociati, ossia trasferimenti di ricchezza tra la categoria meno propensa a esercitare il recesso a quella più propensa<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Critico verso questa soluzione: PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 284 ss. Con riferimento a questa disposizione la Corte di Giustizia UE (CGUE, 8 ottobre 2020, C-641/19) ha recentemente chiarito che: “per determinare l'importo proporzionale che il consumatore deve pagare al professionista qualora tale consumatore abbia espressamente chiesto che l'esecuzione del contratto concluso inizi durante il periodo di recesso ed egli receda da tale contratto, occorre, in linea di principio, tener conto del prezzo convenuto in detto contratto per tutte le prestazioni oggetto del contratto medesimo e calcolare l'importo dovuto *pro rata temporis*. Solo nel caso in cui il contratto concluso preveda espressamente che una o più prestazioni siano fornite integralmente sin dall'inizio dell'esecuzione del contratto, in maniera distinta, a un prezzo che deve essere pagato separatamente, occorre tener conto – nel calcolare l'importo dovuto al professionista in applicazione dell'articolo 14, paragrafo 3, di tale direttiva – dell'intero prezzo previsto per una simile prestazione”. Sempre secondo la medesima pronuncia il criterio per valutare la congruità economica del prezzo che costituisce il parametro per quantificare l'obbligo restitutorio è da individuare nel prezzo di mercato (ove presente): “L'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2011/83, letto alla luce del considerando 50 di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che, al fine di valutare se il prezzo totale sia eccessivo, ai sensi di tale disposizione, occorre tener conto del prezzo del servizio offerto dal professionista in questione ad altri consumatori alle stesse condizioni nonché di quello del servizio equivalente fornito da altri professionisti al momento della conclusione del contratto”. Su questa decisione v. SALVI, *Recesso consumeristico durante l'esecuzione del contratto. Spigolature a margine di corte di giustizia c-641/19*, in *NLCC*, 2021, 882 ss.

<sup>67</sup> Cfr. BAR GILL, BEN SHAHAR, *Regulatory techniques in consumer protection: a critique of european consumer contract laws*, in *50 Com. Market L. Rev.* 121, 2013, i quali sottolineano che tale indiretto

Simili considerazioni hanno indotto una parte della dottrina ad auspicare un passo indietro del legislatore rispetto alla previsione imperativa del diritto di recesso<sup>68</sup>. Sarebbe piuttosto ottimale consentire ai consumatori di scegliere se optare (c.d. *opt in*) per il recesso (con conseguente, eventuale, incremento del prezzo del bene o del servizio). Il recesso, in questa prospettiva, è assimilato a una sorta di assicurazione, limitata nel tempo, sul prezzo dei beni acquistati dal consumatore, con conseguente imposizione sul consumatore del peso economico del relativo premio.

Non sembra che tale provocatoria proposta possa essere accolta, almeno nei termini generali nei quali essa è avanzata. Da un lato, va osservato che ciò non sembra rispondere a una reale esigenza del mercato: nel contesto della contrattazione online non sono pochi gli operatori che hanno sfruttato la possibilità di derogare *in melius* la disciplina del recesso del consumatore, senza che ciò sia oggetto di una specifica previsione di *opt-in*<sup>69</sup>. Dall'altro lato, l'impossibilità di ricondurre ad unità le ragioni giustificative del recesso induce a escludere l'opportunità di approcci generalizzanti e unificanti. Se con riferimento ai beni e alle tecniche aggressive di collocamento dei prodotti e dei servizi non è revocabile in dubbio l'utilità dello strumento del recesso, esso, come si è sopra osservato, appare di dubbia efficacia in caso di prestazione di servizi o nel caso di collocamento di contratti particolarmente complessi, ove risultano desiderabili strategie integrate di intervento del legislatore<sup>70</sup>.

---

trasferimento di risorse potrebbe pregiudicare la fascia più bassa di consumatori in contrasto con il principio di giustizia inclusiva, alla realizzazione della quale dovrebbe tendere il diritto privato europeo; BECHER, ZARSKY, *Open doors, trap doors and the law*, in 74 *L. & Contemp. Prob.* 86, 2011; LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 108.

<sup>68</sup> EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 11 ss. Analogamente, BAR GILL, BEN SHAHAR, *Regulatory techniques in consumer protection*, cit., *ibidem*.

<sup>69</sup> Differente, come noto, il caso delle compagnie aeree, ove il diritto di recesso, corrispondente alle c.d. tariffe flessibili, è in genere collocato a un prezzo maggiore rispetto alle tariffe che non incorporano tale opzione. Per considerazioni giuseconomiche al riguardo: v. SCOTT, TRIANTIS, *Embedded options and the case against compensation in contract law*, in 104 *Columbia L. Rev.* 1428, 2004, 1453 ss., i quali assimilano il diritto di recesso a un'assicurazione in caso di sopravvenienze idonee a determinare in capo al consumatore una valutazione diversa del bene acquistato. Ciò costituisce certamente una giustificazione per la previsione contrattuale di un recesso da esercitare prima dell'esecuzione del contratto in ipotesi di contratti a esecuzione differita (es. biglietti aerei), ma non incide sulla valutazione di efficienza delle regole imperative relative al recesso del consumatore (v. per analoghe considerazioni BEN SHAHAR, POSNER, *The right to withdraw*, cit., 132).

<sup>70</sup> Di strategia integrata tra recesso e trasparenza, parla invece PILIA, *Accordo debole*, cit., 367, il quale ritiene che tale collegamento funzionale sia diretto a riequilibrare posizioni originariamente squilibrate. Per contro, si può osservare che tale difficile opera di riequilibrio esige una strategia integrata molto più complessa (controllo sulle clausole vessatorie, trasparenza sostanziale, consulenza sul merito creditizio e sui rischi di sovraindebitamento e, a monte, facilità di confronto tra le offerte sul mercato), nella quale il ruolo del recesso è marginale.

## 4. Il recesso-rimedio. Omessa informazione al consumatore, lesione dell'interesse e uso opportunistico del recesso

Il recesso costituisce rimedio vero e proprio, orientato a obiettivi di deterrenza simili – seppure non sovrapponibili<sup>71</sup> – a quelli della nullità di protezione<sup>72</sup>, là dove il professionista ometta l'informazione circa la sussistenza del diritto e le sue modalità di esercizio.

In questo caso, la facoltà del consumatore di sciogliere il contratto non risponde più alle logiche esaminate sopra, ma rappresenta la reazione all'omissione informativa, reputata particolarmente grave dal legislatore europeo. Con riferimento a tali ipotesi, il sistema dovrebbe ricomporsi secondo un canone unitario: il recesso è presidio di una corretta informazione, che è obiettivo del legislatore fare sì che conformi la prassi operativa dei professionisti.

Il diritto europeo ha individuato un delicato punto di equilibrio tra le esigenze di certezza nella circolazione dei beni e l'eventuale utilizzo opportunistico del rimedio, mitigando gli effetti della giurisprudenza *Heininger*<sup>73</sup>, che – sulla scorta del principio di effettività – ammetteva, per i contratti conclusi fuori dei locali commerciali<sup>74</sup>, l'esercizio del recesso *sine die*<sup>75</sup>. Per contro, la disciplina vigente (art. 53, comma 1, cod. cons.) preve-

<sup>71</sup> Esclude la prossimità tra nullità di protezione e recesso, sostenuta da una parte della dottrina (v. SCALISI, *Nullità*, cit., 173 s.; RENDE, *Il recesso*, cit., 545 ss.), PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 280.

<sup>72</sup> In dottrina v. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio: nullità speciali e restituzione unilatera*, in *Persona e Mercato*, 2021, 260 ss.; D'AMICO, *Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 7 ss.; PAGLIANTINI, *Un giro di orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e Mercato*, 2021, 37 ss.

<sup>73</sup> V. GGUE, 13 gennaio 2001, C-481/99. I potenziali effetti negativi sul mercato interno della sentenza erano stati rilevati da una parte della dottrina (specie germanica: riferimenti in FARNETI, *Il recesso nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali*, in *Tratt. dei contratti*, V,  *Mercati regolati*, Milano, 2014, 145, nt. 115), ma si tratta di considerazioni che trascurano la strategia regolatoria del legislatore europeo, il quale impiega l'effettività della tutela del soggetto debole (in questo caso il consumatore) al fine di conformare la qualità dell'offerta in determinati segmenti di mercato. Conformazione funzionale a uno sviluppo efficiente dei medesimi. Per osservazioni analoghe, sia pure in altro contesto: v. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit. 11 ss. Cfr. inoltre, per un'attenuazione giurisprudenziale degli effetti della sentenza *Heininger*, CGUE, 10 aprile 2008, C-412/2006, la quale aveva individuato nell'esecuzione bilaterale del contratto un limite funzionale alla facoltà del consumatore di esercitare il recesso in caso di omessa informazione. Per valutazioni critiche al riguardo: v. RENDE, *Il recesso*, cit., 529 ss.

<sup>74</sup> Mancando nella direttiva 85/577/CEE una disposizione che individuasse un termine di decadenza della facoltà di recesso del consumatore in caso di mancata informazione circa la medesima facoltà, viceversa presente nella direttiva sui contratti a distanza (art. 6, direttiva 97/7/CE).

<sup>75</sup> La disciplina italiana previgente si poneva in aperto contrasto con l'orientamento della Corte di Giustizia, limitandosi a prevedere nel caso di omessa o inesatta informazione sul diritto di recesso, sia per i contratti a distanza che per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, un'estensione del termine per l'esercizio del recesso. Al riguardo, v. FARNETI, *Le gravi conseguenze della mancata informazione circa il diritto di recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*,

de, in caso di omessa informazione sul diritto di recesso ex art. 49, comma 1, lett. h, cod. cons., un termine decadenziale annuale, che decorre trascorsi quattordici giorni dalla conclusione del contratto o dalla consegna del bene<sup>76</sup>.

La ricostruzione in chiave rimediale di questa ipotesi di recesso consente di conseguire alcuni non marginali risultati applicativi, che si giustificano anche nella prospettiva di un già individuato punto di equilibrio tra operatività del rimedio ed esigenze di certezza del professionista. Stabilito che l'esigenza del professionista a contenere i rischi derivanti da eventuali eccessi di tutela dei consumatori è individuata nel termine decadenziale annuale, è possibile realizzare uno sviluppo ermeneutico in senso marcatamente rimediale del recesso, orientato a una sua più netta effettività.

In primo luogo, si consideri che l'art. 53 cod. cons., che dispone la proroga del termine di decadenza per l'esercizio del recesso, pare considerare il solo "non adempimento" dell'obbligo di informazione. È da chiedersi se il legislatore abbia inteso riferirsi al solo inadempimento totale dell'obbligo, come pure si potrebbe sostenere sulla base della lettera della legge. All'opposto, la natura rimediale di questa previsione di recesso induce a concludere che il diritto debba essere riconosciuto non solo in caso di omissione dell'informazione, ma in ogni caso di lesione dell'interesse protetto, vale a dire anche quando essa sia inesatta o, soprattutto, poco trasparente<sup>77</sup>.

---

in *Studium iuris*, 2003, 539 s. Va osservato che, coerente con la decisione Heininger, risulta essere, seppure in altro contesto, la previsione di cui all'art. 30, comma 7, t.u.f., che dispone la nullità del contratto concluso fuori sede di collocamento di strumenti finanziari (o di servizi di investimento), in caso di omessa informazione sul diritto di recesso da parte dell'intermediario: al riguardo v. P. GIUDICI, *Mercato finanziario*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da ROPPO, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, 1110; NATOLI, *Lo jus poenitendi ex art. 30 t.u.f. dopo il d.l. n. 69/13 (c.d. "decreto del fare")*, in *NLCC*, 2014, 231 ss.

<sup>76</sup> Termine esteso a trenta giorni dal nuovo art. 53, comma 2, cod. cons. (introdotto dal d.lgs. n. 26/2023), per i contratti conclusi "nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore oppure di escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l'effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori". Valutazioni critiche riguardo alla scelta del legislatore di individuare un termine finale per l'esercizio del recesso-rimedio in PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 277 s., il quale, condivisibilmente, ritiene che il punto di equilibrio individuato dal legislatore abbia sacrificato eccessivamente l'effettività della tutela del consumatore, a fronte di un guadagno di certezza per gli operatori del mercato. Guadagno non meritevole, invero, poiché originato da un inadempimento all'obbligo informativo che rischia di sterilizzare l'efficacia del recesso quale strumento di regolazione del mercato.

<sup>77</sup> Cfr. PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 281; e, in termini dubitativi, FARNETI, *Il nuovo recesso*, cit., 979. A questo riguardo, v. per importanti aperture, CGUE, 23 gennaio 2019, C-430/17, in *NGCC*, 2019, 670 ss., con commento di F. RENDE, *Il ruolo dell'informazione sul recesso dopo la sentenza Walbusch Walter Busch*, la quale chiarisce che, prima della conclusione del contratto, il consumatore deve essere informato anche su condizioni, termini e modalità di esercizio del diritto di recesso. Cfr. inoltre OP HEJL, *Pre-Contractual Information Duties: Case Note on Walbusch Walter Busch C-430/17*, in *EuCML*, 2019, 247 ss.

L'art. 57, comma 2, cod. cons., superando la giurisprudenza *Messner*<sup>78</sup>, afferma l'irrelevanza dell'operatività dei principi di buona fede e di arricchimento ingiustificato ("non è in alcun caso responsabile"), nel valutare il deprezzamento conseguente all'uso della cosa che il consumatore sia tenuto a restituire in caso di recesso conseguente all'omessa informazione esercitato nel termine lungo. Il rischio di deprezzamento della cosa è, in altri termini, allocato integralmente sul professionista. Si tratta di una previsione chiaramente orientata a scongiurare il fatto che il trascorrere del tempo e l'usura dei beni oggetto dell'operazione negoziale possano costituire un disincentivo per il consumatore nell'esercitare il rimedio del recesso, premiando indirettamente il professionista inadempiente. Questa logica protettiva<sup>79</sup>, fortemente ispirata a obiettivi di deterrenza, presenta significativi punti di contatto con quella elaborata dalla Corte di giustizia nel costruire il sistema delle nullità (parziali) di protezione<sup>80</sup>. Tanto da sollevare interrogativi sulla coerenza – nella ricostruzione di un sistema di protezione del contraente debole – di quanto affermato dalle nostre sezioni unite nell'ipotesi di uso selettivo della nullità (totale) di protezione, ove è stato riconosciuto uno spazio di operatività per il principio di buona fede<sup>81</sup>. Occorre, in altri termini, chiedersi se il sistema europeo di tutele del consumatore lasci spazio per un sindacato in termini di abuso da parte del consumatore<sup>82</sup> dell'esercizio della facoltà di impugnare, mediante il recesso, l'operazione contrattuale,

<sup>78</sup> CGUE, 3 settembre 2009, C-489/07. In dottrina, v. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 281 ss.

<sup>79</sup> Al riguardo v. DELFINI, *La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori*, in *Giustiziacivile.com*, 2014, 7.

<sup>80</sup> CGUE, grande sez., 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, in *NGCC*, I, 2019, 424 ss. con nota di IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*. CGUE, 21.1.2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C- 85/13 e C-487/13, in *NGCC*, 2015, I, 417 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*. In dottrina, v. inoltre, PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *NGCC*, 2019, II, 561 ss.; AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *ODCC*, 2017, 55 ss.; e, ora, D'ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici*, 2021, Milano, 609 ss.

<sup>81</sup> V. Cass., ss. uu., 4 novembre 2019, n. 18314, in *NGCC*, 2020, 28 ss., con nota di DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*. Il richiamato orientamento delle sezioni unite è, da ultimo, messo in discussione dalla recente decisione *Bank Millennium*: CGUE, 15 giugno 2023, C-520-21, n. 75 e ss. che, in caso di nullità totale conseguente alla vessatorietà di una clausola principale, esclude pretese restitutorie della banca mutuataria rispetto a quella con oggetto il solo capitale.

<sup>82</sup> In questi termini, dubitativamente, PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 283 s., il quale riconosce che tale strategia normativa è volta ad evitare "la variabile incerta di un sindacato giudiziale" sul contegno del consumatore, "certificando così che la legislazione europea continua ad essere imposta come una normativa avente per soggetto una categoria seriale, di talché rifugge dal congelare le tecniche di tutela secondo metriche ispirate a una ponderazione delle situazioni *in concreto*". Contrario a riconoscere uno spazio per il sindacato circa la condotta del consumatore: LOOS, *Rights*, cit., 16.

allorquando tale facoltà costituisca la risposta alla violazione di un obbligo del professionista.

Una simile impostazione è stata recentemente confermata dalla Corte di Giustizia UE a proposito del recesso del consumatore da un contratto di servizi concluso fuori dai locali commerciali del professionista, senza ricevere da quest'ultimo l'informazione relativa alla facoltà di recedere<sup>83</sup>. In questa ipotesi, pur caratterizzata da una esatta esecuzione del contratto da parte del professionista, la Corte ha affermato l'inoperatività di una pretesa del professionista fondata sui principi di arricchimento ingiustificato, sul presupposto che il recesso-rimediabile, esercitato dal consumatore, non potesse essere gravato da costi<sup>84</sup>. La Corte puntualizza altresì che tale soluzione, evidentemente tesa a incentivare una buona dose di opportunismo rimediabile del consumatore, sia da reputare contrastante con il principio di proporzionalità dei rimedi. Tanto più che, proprio in materia di servizi (e dunque di prestazioni di *facere*), la pretesa del professionista a ottenere la restituzione da parte del consumatore dell'arricchimento ingiustificato – quantificato secondo parametri di mercato – determinerebbe una surrettizia facoltà del professionista di conseguire altrimenti il corrispettivo (comprensivo dei margini di guadagno) per la prestazione eseguita<sup>85</sup>. Da un diverso angolo visuale, si potrebbe altresì concludere che il “micro-sistema” delle restituzioni consumeristiche riconosce una pretesa restitutoria in capo al professionista, soltanto là dove l'arricchimento del consumatore risponda alla

---

<sup>83</sup> Cfr. CGUE, 17 maggio 2023, C-97-22, ove la questione pregiudiziale riguardava un contratto relativo alla ristrutturazione di un impianto elettrico da parte di un professionista.

<sup>84</sup> CGUE, 17 maggio 2023, C-97-22, n. 32.

<sup>85</sup> La richiamata soluzione della Corte di Giustizia è conforme al dettato letterale della direttiva CRD (art. 9), a mente della quale il recesso-rimedio è esercitato “senza costi”. Inoltre, essa risulta essere anche coerente con il sistema delle tutele restitutorie. Una delle ipotesi tipiche di arricchimento in cui è tradizionalmente esclusa l'operatività del rimedio restitutorio è quella dell'arricchimento imposto, vale a dire il caso di benefici non desiderati dall'individuo arricchito (in questo caso, il consumatore) dal comportamento dell'impoverito (il professionista), che determina una modificazione qualitativa o quantitativa del patrimonio (TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 10 ss.; GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2003, 109 ss.; DI PAOLA, PARDOLESI, *Arricchimento. I) Azione di arricchimento*, in *Dir. Civ., in Enc. Giur.*, III, Roma, Ist. Treccani, 1988, 3). In questa prospettiva, occorre attentamente valutare le condizioni alle quali si può ritenere che il consumatore abbia prestato un consenso all'incremento patrimoniale. Se, per un verso, sarebbe arduo negare che la fattispecie contrattuale possa essere letta quale assenso dell'arricchito al comportamento dell'impoverito, è, per l'altro, parimenti vero che l'esercizio del recesso-rimedio annienti, con effetti retroattivi, tale assenso, trasformando la prestazione dell'impoverito (il professionista) in un arricchimento imposto, che, in questa prospettiva, il consumatore-arricchito non può essere tenuto a restituire. Tanto più che, nel caso di recesso-rimedio, la lesione della prerogativa del consumatore, il quale non viene debitamente informato circa la facoltà di recedere, impedisce di considerare in buona fede il professionista, che esegua la prestazione in pendenza del termine lungo del recesso: col che si giustificerebbe altrimenti l'inoperatività del rimedio restitutorio (TRIMARCHI, *op. cit.*, 30; GALLO, *op. cit.*, 112).

concezione reale dello stesso, ossia a un'effettiva acquisizione di un bene che possa essere materialmente restituito.

La ricostruzione in termini unitari del recesso, nei casi in cui esso costituisce reazione rimediabile all'omessa informazione, esclude che si possa attingere, per giustificare differenze di regime, alla segnalata differenza di *rationes* dei recessi nelle diverse operazioni negoziali. Irragionevoli, pertanto, risultano le differenze tra vendita porta a porta e contratti a distanza, da un lato, e, dall'altro, credito ai consumatori e contratti finanziari a distanza, specie per quanto concerne l'identificazione del termine finale di decadenza per l'esercizio del recesso conseguente all'omessa informazione sul diritto di recesso. Nel caso del recesso del consumatore nelle vendite a distanza e porta a porta, il legislatore individua il *dies ad quem* in un anno dalla conclusione del contratto (o dalla consegna del bene), mentre, nel comparto finanziario, la disciplina (art. 125 *ter* t.u.b., art. 67 *septiesdecies* cod. cons.) non prevede espressamente alcun termine, collegando il *dies ad quem* per il recesso al solo adempimento – anche tardivo – dell'obbligo informativo. Invero, se si concentra l'attenzione sulla sola informazione relativa alla facoltà di esercitare il recesso<sup>86</sup>, la rilevata disparità di trattamento non sembra giustificabile rimarcando le peculiarità di *search goods* e *credence goods*: soltanto questi ultimi, in ipotesi, richiederebbero un regime più rigoroso del recesso<sup>87</sup>. Così giustificata, la disparità è certamente arbitraria, giacché, nella specifica prospettiva del diritto di recesso e della informazione su di esso, non vi è affatto l'esigenza sostanziale di un regime più rigoroso per i *credence goods*, che non possono essere certo meglio compresi dal consumatore in un assai breve lasso di tempo. Inoltre, va puntualizzato che quando il diritto di pentimento non consegue al-

<sup>86</sup> L'art. 125-*ter* t.u.b., in attuazione della analoga disposizione europea (art. 14 direttiva 2008/48/CE), individua nel diritto di recesso un rimedio per la violazione dell'obbligo in capo alla banca di informare il consumatore, non solo circa la facoltà di recedere entro quattordici giorni dalla conclusione del contratto, ma anche relativamente alle principali condizioni contrattuali, che devono essere indicate in modo "chiaro e conciso" (v. Disposizioni di trasparenza di Banca d'Italia, sez. VII, §5.2.1; art. 10 direttiva 2008/48). Ciò si ricava se si considera che il termine per l'esercizio del recesso decorre dalla conclusione del contratto, soltanto qualora il finanziatore veicoli al consumatore le informazioni previste dal citato art. 10. Si pongono pertanto delicati problemi – che in questa sede non possono che essere solo accennati – di coordinamento tra la disciplina del recesso e quella della nullità prevista dai commi 7,8 e 9 dell'art. 125-*bis* t.u.b. (al riguardo v. MAUGERI-PAGLIANTINI, *op. cit.*, 47 ss.) ovvero dell'intrasparenza delle relative clausole (v. S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, 1304 ss.) e di individuazione di una soluzione coerente con la funzione rimediabile del recesso della previsione dell'obbligo in capo al consumatore di pagare "gli interessi maturati fino al momento della restituzione" (art. 125-*ter*, comma 2 lett. b). Tale ultima previsione si presta a un utilizzo strumentale da parte del finanziatore, che omette un'informazione richiesta dall'art. 125-*bis* t.u.b., tanto da suggerirne una lettura che ne riduca l'ambito di applicazione (così MAUGERI-PAGLIANTINI, *op. cit.*, 112 ss.).

<sup>87</sup> Così PAGLIANTINI, *L'ibridazione*, cit., 279, il quale giustifica la scelta normativa in base alla natura sanzionatoria delle previsioni di nullità di cui agli artt. 30, comma 7, t.u.f. e art. 67 *spetiesdecies* cod. cons. e sul presupposto di una diversa natura dell'informazione nel contesto delle operazioni finanziarie.

la mancata o imprecisa informazione sugli aspetti centrali dell'operazione economica, che connota gli obblighi del professionista nel comparto finanziario (art. 125-*bis*, comma 1, t.u.b.), bensì alla semplice omissione dell'informazione circa la facoltà di esercitare il recesso entro un breve termine dalla conclusione dell'operazione negoziale: si tratta di un rimedio che reagisce a un'omissione di un'informazione non decisiva per la scelta del consumatore di indebitarsi. In quest'ultima ipotesi, non vi sono ragioni per respingere una risposta rimediabile omogenea, senza distinzioni incongrue tra operazioni negoziali. Pertanto, l'assenza di un termine di perenzione nel comparto finanziario – quando l'omissione informativa riguardi la facoltà di recesso – ben potrebbe essere considerata una lacuna da integrare analogicamente<sup>88</sup>, fermo restando il limite della bilaterale esecuzione del contratto<sup>89</sup>.

Si può, infine, concludere, sempre seguendo questa direttrice ermeneutica, nel senso dell'irragionevolezza della disciplina dei servizi di investimento con riferimento ai quali persiste la previsione di nullità speciale di cui all'art. 30 t.u.f. quale conseguenza dell'inadempimento all'obbligo informativo<sup>90</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Il quadro appena tratteggiato si presenta alquanto frastagliato. Le incertezze e le incoerenze che connotano i profili funzionali del recesso del consumatore suggeriscono all'interprete caute direttive ermeneutiche, specie per quanto concerne la puntuale identificazione dell'ambito di applicazione.

<sup>88</sup> Va, tuttavia, osservato che tale conclusione pare esclusa da una recente sentenza della Corte di Giustizia UE: CGUE, 9 settembre 2021, cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20, che ha statuito: “L'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che il creditore eccepisca la decadenza dal diritto in occasione dell'esercizio, da parte del consumatore, del suo diritto di recesso conformemente a detta disposizione, ove una delle indicazioni obbligatorie di cui all'articolo 10, paragrafo 2, di tale direttiva non figurasse nel contratto di credito né sia stata debitamente comunicata in un momento successivo, indipendentemente dalla questione se detto consumatore ignorasse l'esistenza del proprio diritto di recesso senza essere responsabile di tale ignoranza”. La Corte ha altresì escluso che l'esercizio del recesso possa essere reputato in questo caso abusivo. Va al riguardo osservato che la sentenza riguarda, tra le altre, l'omissione da parte della banca dell'informazione relativa all'esatto ammontare dell'interesse moratorio e pertanto, un aspetto non marginale dell'operazione economica. Bisogna chiedersi, per contro, se possa considerarsi tale l'informazione relativa al diritto di recesso, là dove il set informativo relativo al credito (art. 125-*bis* t.u.b. e art. 10 direttiva 2008/48) sia completo e chiaro.

<sup>89</sup> CGUE, 10 aprile 2008, C-412-2006. MAUGERI, PAGLIANTINI, *op. cit.*, 114.

<sup>90</sup> Una differente prospettiva in DOLMETTA, MALVAGNA, MINNECI, *op. cit.*, 6 ss. Per considerazioni di segno diverso: v. di recente, ARRIGONI, *La disciplina dell'offerta fuori sede nei mercati finanziari moderni*, in *Contratti*, 2023, 136, il quale è critico rispetto alla stessa facoltà di un uso opportunistico del rimedio demolitorio.



È certamente da condividere il monito di chi ha radicalmente escluso che l'istituto si presti a operazioni estensive o addirittura analogiche<sup>91</sup>. Una delimitazione strettamente letterale dell'ambito di applicazione si giustifica in ragione delle incertezze che si annidano nella giustificazione dell'imperatività di una così ampia previsione del *ius poenitendi*. Come dimostrato anche dalla recente casistica affrontata dalla Corte di Giustizia, risulta cruciale la definizione del perimetro di operatività delle esenzioni previste dagli artt. 47 e 59 cod. cons.<sup>92</sup> Ipotesi che richiedono uno scrupoloso esame, con l'obiettivo di accertare se l'esclusione del diritto di recesso sia coerente con la caratterizzazione funzionale che innerva la disciplina. Se, da un lato, il legislatore ha cercato di fornire un elenco tassativo di esclusioni al fine di dare alle imprese sufficiente prevedibilità applicativa, è, dall'altro, da notare che alcune esenzioni agevolano facili elusioni del diritto di recesso del consumatore da parte dei professionisti. Di conseguenza, è da condividere l'orientamento della Corte di Giustizia, che, sia pure su basi puramente logico-sistematiche, ritiene che le esenzioni debbano essere interpretate in senso restrittivo, in quanto eccezioni alla regola generale del recesso<sup>93</sup>. Ciò significa che "la fornitura di un contenuto digitale" ex art. 59, comma 1, lett. o) cod. cons. non può essere ritenuta qualsiasi prestazione di servizio (es. un test di personalità) erogata su internet, ma esige che il contenuto della fornitura possa essere fruito dal consumatore attraverso lo strumento digitale (es. *streaming* audio o video)<sup>94</sup>. Si pensi, inoltre, al caso dei "beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati" ex art. 59, comma 1, lett. c): tale esenzione si applica, a con-

<sup>91</sup> V. BENEDETTI, *Recesso*, cit., 960.

<sup>92</sup> L'art. 59 è stato recentemente novellato dal d.lgs. n. 26/2023 attuativo della direttiva 2161/2019, nel senso di escludere l'operatività di alcune esenzioni (in particolare quelle previste alle lett. a, b, c ed e) in caso di vendite non richieste dal consumatore sollecitato presso la sua abitazione ovvero in ambito di escursioni organizzate allo scopo di sollecitare l'acquisto di beni o servizi.

<sup>93</sup> Cfr. CGUE, 8 ottobre 2020, C-641/19, § 43: "L'articolo 16, lettera m), della direttiva 2011/83, che costituisce un'eccezione al diritto di recesso, in quanto disposizione di diritto dell'Unione che limita i diritti riconosciuti a fini di tutela dei consumatori, deve essere interpretato restrittivamente"; CGUE, 14 maggio 2020, C-208/19, § 40 e 56; CGUE, 27 marzo 2019, C-681/17: "L'articolo 16, lettera e), della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che non rientra nella nozione di «beni sigillati che non si prestano ad essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute e sono stati aperti dopo la consegna», ai sensi di tale disposizione, un bene come un materasso, la cui protezione è stata rimossa dal consumatore dopo la consegna dello stesso".

<sup>94</sup> Così CGUE, 8 ottobre 2020, C. 641/19: "L'articolo 16, lettera m), della direttiva 2011/83, in combinato disposto con l'articolo 2, punto 11, della medesima, deve essere interpretato nel senso che la redazione, da parte un sito Internet di incontri, di un profilo di personalità basato su un test di personalità realizzato da tale sito non costituisce fornitura di un «contenuto digitale», ai sensi di tale disposizione".

dizione che il processo di personalizzazione riguardi un bene e non un servizio<sup>95</sup> e sia irreversibile (“su misura”) e che il bene personalizzato sia tale per cui non possa essere in alcun modo immesso sul mercato nuovamente dal professionista. Pertanto, l'esone non potrà applicarsi a forme di personalizzazione standardizzate, quali, ad esempio, scelta fra dimensioni standard, scelta del colore del prodotto o simili. Inoltre, come chiarito dalla Corte di Giustizia, non rileva, ai fini dell'applicazione dell'esenzione in parola, che la produzione dell'oggetto non sia stata avviata e che quindi il professionista non sopporti alcun costo per l'esercizio del recesso: esigenze di certezza – che si traducono in regole di organizzazione interna dell'attività d'impresa – richiedono l'applicazione inflessibile della deroga<sup>96</sup>. Parimenti, non appare ingiustificata la scelta del legislatore di differenziare la fornitura di contenuti e servizi digitali<sup>97</sup>, in ragione della natura corrispettivo richiesto dal professionista: nel caso in cui si tratti di un prezzo in denaro, il recesso può essere escluso a condizione il consumatore abbia consapevolmente deciso di rinunciare al diritto di pentirsi e scelto di ottenere immediatamente la fornitura del contenuto (art. 16 CRD, come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE e nuovo art. 59, comma 1, lett. o)<sup>98</sup>; viceversa, tali cautele non sono previste nell'ipotesi in cui la contropartita della fornitura è costituita esclusivamente dai dati<sup>99</sup>. Soluzione che, pur criticata da al-

<sup>95</sup> Cfr. al riguardo CGUE, 14 maggio 2020, C-208/19: “L'articolo 2, punti 3 e 4, nonché l'articolo 16, lettera c), della direttiva 2011/83 devono essere interpretati nel senso che un contratto concluso tra un architetto e un consumatore, in forza del quale il primo s'impegna ad effettuare, per il secondo, in base alle esigenze ed ai desiderata di quest'ultimo, la progettazione di una casa unifamiliare di nuova costruzione e, in tale contesto, a realizzare taluni progetti, non costituisce un contratto per la fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati, ai sensi di tale disposizione”. La Corte ha infatti chiarito che per l'esclusione del recesso nei servizi occorre fare riferimento alla disciplina specifica che richiede al professionista di informare specificamente il consumatore riguardo alle conseguenze dell'immediata esecuzione del contratto e alla conseguente necessità che quest'ultimo presti un consenso espresso alla rinuncia del diritto di recesso da parte del consumatore.

<sup>96</sup> Cfr. CGUE, 21 ottobre 2020, C-529/19: “L'articolo 16, lettera c), della direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che l'eccezione al diritto di recesso prevista da tale disposizione è opponibile al consumatore che ha concluso un contratto negoziato fuori dei locali commerciali relativo alla vendita di un bene che dovrà essere confezionato secondo le sue specifiche, indipendentemente dal fatto che il professionista abbia iniziato la produzione di detto bene”.

<sup>97</sup> Su questa distinzione: v. MISCHAU, *The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law*, in *EuCML*, 2022, 6 ss., la quale rileva che la fornitura di servizi digitali è presa in considerazione, in relazione alla facoltà di recesso, all'art. 16.1 lett. a CRD.

<sup>98</sup> L'inadempimento del professionista a tali obblighi informativi è sanzionato dal legislatore con l'espressa previsione della gratuità della fornitura (v. art. 14.4 CRD).

<sup>99</sup> Critico verso questa opzione legislativa, VERSACI, *op. cit.*, 594; in questo senso anche, con riferimento al precedente testo dell'art. 16 CRD, DE FRANCESCHI, *Il “pagamento” mediante dati personali*,

cuni, non pare costituire una disciplina di favore per il professionista che conformi in tal senso la propria offerta commerciale, giacché il legislatore ha piuttosto tenuto conto delle peculiarità che la trasmissione dei dati personali riveste, allorquando costituisce la contropartita contrattuale<sup>100</sup>, rivelandosi sostanzialmente inutile il diritto di recesso e la conseguente sospensione dell'esecuzione della fornitura. Tanto più che, in queste ipotesi, non risulterebbe applicabile il principale effetto sanzionatorio del recesso rimediale, previsto dall'art. 14.4 lett. b CRD: secondo il quale, in assenza di una rinuncia consapevole al diritto di recesso da parte del consumatore, questi non è tenuto a versare alcun corrispettivo al professionista, che abbia eseguito il servizio, senza attendere la scadenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso<sup>101</sup>.

Da altro e più ampio angolo visuale, è possibile rilevare che il *fitness check* del diritto dei consumatori, conclusosi nel 2017, così come il *consumers new deal* del 2019 sono stati – nella prospettiva della individuazione di una disciplina più efficiente del diritto di recesso – un'occasione mancata<sup>102</sup>. Il recesso è stato, se non in relazione a profili marginali, fuori dall'obiettivo di indagine della Commissione, con il che non si è nemmeno discussa una sua revisione.

Per contro, l'analisi che precede dimostra come fosse probabilmente maturo il tempo per una migliore puntualizzazione del campo di applicazione del recesso, ad esempio, con riferimento alla contrattazione a distanza. Tale ampia categoria include la contrattazione online che, anche in ragione degli effetti dell'evento pandemico, è ormai un segmento maturo del mercato dei beni di consumo nell'Unione<sup>103</sup>. Sarebbe da chiedersi,

---

in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di CUFFARO, D'ORAZIO, e RICCIUTO, Torino, Giappichelli, 2019, 1408, il quale ravvede nel testo della direttiva una disparità di trattamento tra la disciplina del recesso in caso di pagamento in denaro e in caso di "pagamento" mediante dati personali e si interroga sull'opportunità "in caso di trasferimento definitivo di un contenuto digitale" di un "obbligo di rimborso del valore da parte dell'utilizzatore" che abbia revocato il consenso al trattamento dei dati. Lamenta la disparità di trattamento tra fornitura di contenuti e servizi digitali e altri contratti, connotati dal trasferimento dei dati quale contropartita della fornitura: PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista*, cit., 1521, ma v. 1549, ove è riconosciuta una differenza tra contropartita pecuniaria e trasferimento di dati in relazione alle conseguenze della disciplina del recesso.

<sup>100</sup> In questo senso, v. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 161. Cfr. inoltre SENIGALLIA, *Minore età e contratto*, Torino, 2020, 141 ss., il quale sottolinea le analogie tra recesso e revoca del consenso al trattamento dei dati ex art. 7 GDPR nel contesto delle operazioni negoziali menzionate nel testo.

<sup>101</sup> A tale riguardo v. i considerando nn. 30-38 Direttiva 2019/2161/UE.

<sup>102</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio sull'applicazione della direttiva 2011/83/ue del parlamento europeo e del consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/cee del consiglio e della direttiva 1999/44/ce del parlamento europeo e del consiglio e che abroga la direttiva 85/577/cee del consiglio e la direttiva 97/7/ce del parlamento europeo e del consiglio*, 23 maggio 2017, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0259&from=EN>.

<sup>103</sup> In questi termini si esprimeva più di dieci anni fa LOOS, *Rights*, cit., 8. Così anche BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 37.

pertanto, se esso richieda ancora una disciplina che ne promuova lo sviluppo<sup>104</sup>, anche in ragione di contrastanti obiettivi di politica economica di promozione del commercio locale al dettaglio.

A ciò si aggiunga che, come si è detto, la dottrina non ha identificato specifici fallimenti del mercato, o comunque disfunzioni cognitive, che connotano le negoziazioni dei consumatori in tale segmento<sup>105</sup>, rilevando, al contrario, nella contrattazione online le potenzialità di un consumo più informato e consapevole<sup>106</sup>.

Il legislatore europeo avrebbe così potuto considerare, in questo specifico contesto, l'introduzione – sulla scorta del modello israeliano<sup>107</sup> – di maggiori costi per il recesso (corrispondenti ai costi sopportati dal professionista per consentire tale facoltà al consumatore), con la previsione di un tetto massimo ovvero di facoltà di *opt in* (o di *opt out*) per il consumatore<sup>108</sup>.

## ABSTRACT

Il saggio, prendendo le mosse dai recenti interventi in materia di tutela del consumatore (new deal for consumers), si sofferma sul recesso del consumatore. Strumento di protezione della parte debole che il legislatore europeo ha previsto in contesti non sempre omogenei, ma sempre funzionale a contenere potenziali fallimenti del mercato. Non è pertanto agevole giustificare, in una prospettiva funzionale, la disciplina sostanzialmente unitaria, in considerazione di marcate differenze che caratterizzano i mercati ove è previsto il recesso. In questa prospettiva, sono pertanto auspicabili differenti approcci ermeneutici, volti a valorizzare, ove possibile, le differenze funzionali che il recesso presenta nei diversi contesti di mercato. Presenta, viceversa, maggiore omogeneità il recesso al quale il legislatore europeo riconosce una funzione propriamente rimediabile, vale a dire quando il recesso è previsto in caso di omessa informazione da parte del professionista. A tale riguardo, per ricostruire la disciplina del recesso, non è possibile trascurare alcuni recenti interventi della Corte di Giustizia UE, specie in materia di obblighi restitutori del consumatore. Preso atto del nesso tra recesso e regolazione del mercato, è cruciale esaminare le ipotesi in cui il legislatore europeo ha escluso l'applicazione del recesso: benché l'interpretazione restrittiva di queste ipotesi, patrocinata dalla Corte di Giustizia, sia tendenzialmente condivisibile, all'interprete è comunque richiesta un'attenta valutazione del contesto di mercato.

<sup>104</sup> È da ritenere ormai largamente superata nella prassi commerciale la considerazione di questa modalità di interazione negoziale come “subdola”: qualificazione, viceversa, frequente nella dottrina, anche recente (v. ad es. PILIA, *Accordo debole*, cit., 362).

<sup>105</sup> Cfr. ad es. LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 97.

<sup>106</sup> Non dissimili le considerazioni di LUZAK, *To withdraw or not to withdraw?*, cit., 99 e EIDENMULLER, *Why Withdrawal Rights?*, cit., 10.

<sup>107</sup> Section 14e(b)(1) Consumer Protection Law.

<sup>108</sup> BECHER, BAR GILL, *Consumer protection*, cit., 35.

The essay, starting from recent interventions concerning consumer protection (new deal for consumers), focuses on consumer withdrawal. This instrument serves as a safeguard for the weaker party, as envisioned by the European legislator in contexts that are not necessarily uniform but consistently aimed at preventing market failures. Therefore, it is not easy to justify a predominantly unified regulation from a functional standpoint, considering the significant differences that characterize the markets in which withdrawal is allowed. Consequently, different interpretative perspectives, designed to valorize the functional disparities that withdrawal presents in diverse market contexts, are considered desirable. Conversely, there is greater uniformity in the withdrawal to which the European legislator attributes a distinct remedial function, namely when withdrawal is provided for in cases of professional's failure to provide information. "In this regard, to reconstruct the framework of withdrawal, it is essential not to overlook certain recent interventions by the Court of Justice of the European Union, particularly concerning consumer restitution obligations. Having acknowledged the connection between withdrawal and market regulation, it is crucial to examine the circumstances in which the European legislator has excluded the application of withdrawal: although the restrictive interpretation of these instances, endorsed by the Court of Justice, is generally agreeable, the interpreter is still required to carefully assess the market context.





### Convivenza *more uxorio* e impresa familiare

Massimo D'Auria



**SOMMARIO:** 1. La questione. – 2. Spunti di riflessione.

#### 1. La questione

La Sezione Lavoro della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione se quanto disposto dall'art. 230-*bis*, 3° co. c.c. possa essere interpretato in modo da includere anche il convivente *more uxorio* tra i “familiari” che, partecipando all'interno dell'impresa familiare, possa pretendere la liquidazione della quota del valore dei beni acquistati, utili conseguiti ed incrementi patrimoniali riconosciuta dall'art. 230-*bis* 2° co. c.c.

L'occasione di una simile riflessione sorge in conseguenza della promulgazione della l. n. 76/2016, art. 1, 36° co. che ha introdotto nello statuto disciplinare dell'impresa familiare il disposto di cui all'art. 230-*ter* c.c., regola che, com'è noto, ha riconosciuto al convivente di fatto che collabori stabilmente nell'impresa familiare i medesimi diritti economici spettanti ai familiari dell'imprenditore di cui all'art. 230-*bis* 3° co. c.c.

Senonché, poiché la novella al codice non risulta munita di efficacia retroattiva, tale previsione non può applicarsi ai casi in cui, come quello discusso, la convivenza si è esaurita in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge. Da qui l'interrogativo se l'esigenza di assicurare una tutela equivalente anche a tali ipotesi possa soddisfarsi ridefinendo il concetto di “familiare” di cui all'art. 230-*bis*, 3° co. c.c.

Un primo ordine di considerazioni svolte dalle Sezioni lavoro non avrebbe lasciato nemmeno sperare in un'ordinanza di rimessione. Nel rievocare i propri precedenti, nell'ordinanza si ricorda come, le volte in cui è intervenuta per respingere analoghe pretese vantate dai conviventi di fatto, la Cassazione, oltre a ritenere conforme a Costituzione la scelta del legislatore di delimitare l'operatività della tutela all'interno della famiglia legittima, ha altresì affermato la natura eccezionale della tutela approntata dall'istituto dell'impresa familiare (in tale senso Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *Famiglia e dir.*, 1994, 514 con nota di Giorgianni), con conseguente inammissibilità di ampliamento dell'elenco, ritenuto tassativo, di cui all'art. 230-*bis* 3° c.c. 230-*bis*, 2° co. (Cass., sez. lav., 19 ottobre

2000, n. 13861, in *Foro it.*, 2001, I, col. 1226; *Id.*, sez. lav., 2 maggio 1994, n. 4204, in *Foro it.*, 1995, I, col. 1995 ss).

A suggello di tale riflessione sta, peraltro, la constatazione che detta linea interpretativa risulterebbe confermata proprio legislatore della novella che, invece d'intervenire sulla disposizione di cui all'art. 230-*bis*, 3° co. c.c., ossia ridefinendo il concetto di "familiare", ha introdotto una disposizione *ad hoc*, quella di cui all'art. 230-*ter* c.c., per riconoscere al convivente di fatto i medesimi diritti economici riconosciuti a qualunque altro familiare collaboratore nell'impresa.

Tuttavia, il ragionamento prende immediatamente una piega diversa tenuto conto del ruolo che, secondo una più ariosa prospettiva ermeneutica, avrebbe l'interprete, il quale

pur restando fedele alla chiara lettera della legge, non esaurisce il suo compito nel momento ricognitivo della volontà del legislatore, ma deve accertare se la norma, per la sua interna carica vitale, non abbia obiettivamente maturato un significato ulteriore e diverso dal contesto sociale che la occasionò

Cosicché, seppure nel rispetto della *ratio legis* chiaramente espressa, l'interprete risulta

(...) chiamato a procedere ad una interpretazione evolutiva della norma da applicare eventualmente anche tenendo conto dei sopravvenuti e più recenti interventi legislativi non direttamente applicabili alla fattispecie esaminata.

Questa sollecitazione offre l'abbrivio all'interprete per sondare, in un'ottica costituzionalmente permeata dal principio di ragionevolezza, se al fine di prevenire la lesione di un diritto fondamentale, non debba estendersi in via analogica una determinata tutela, in continuità con quanto già, peraltro, è avvenuto in sede giurisprudenziale quando si è discusso del diritto sociale all'abitazione o del diritto alla salute. In questa prospettiva, con riferimento all'istituto dell'impresa familiare, una linea interpretativa non fossilizzata sulla tutela della famiglia legittima, già presente nella riflessione del giudice costituzionale (Corte Cost. n. 476/1987; n. 170/1994; n. 485/1992) aveva valorizzato la meritoria finalità dell'istituto dell'impresa familiare di dare tutela al lavoro comunque prestato negli aggregati familiari.

Non si tratta, quindi, di

(...) porre sullo stesso piano coniugio e convivenza more uxorio ma di riconoscere un particolare diritto al convivente more uxorio e ripristinare ragionevolezza all'interno di un istituto che non può considerarsi eccezionale quanto piuttosto avente funzione residuale e suppletiva, essendo diretto ad apprestare una tutela minima inderogabile a quei rapporti di lavoro che si svolgono negli aggregati familiari (...).



Del resto, alla luce della previsione di cui all'art. 9 Carta di Nizza che al tradizionale favor matrimoni sostituisce la pari dignità di ogni forma di convivenza, la medesima apertura si ravvisa anche in una prospettiva eurounitaria di applicazione della disciplina legale improntata all'idea che la vita dei conviventi di fatto rientra nella concezione di vita familiare (Corte Edu, 21.07.2015, Oliari e altri c. Italia; Id., 14.12.2017, Orlandi ed. altri c. Italia).

Ciò detto, desta interesse l'ordinanza nella parte in cui descrive il modello di ragionamento che dovrebbe condurre a soddisfare questa "missione" affidata all'interprete nel caso discusso, modello che, invero, mima quello impiegato dal legislatore che ha espressamente esteso l'ambito semantico della nozione di "coniuge" di cui all'art. 230-bis, 3° co. c.c. facendovi rientrare anche colui che si è "unito civilmente".

Si tratta di un *modus operandi*, a maggiore ragione riferibile all'attività del giudice, che troverebbe un perspicuo antecedente in una recente pronuncia (la sentenza fa riferimento a Cass. Pen. S.U. 17 marzo 2021, n. 10381 ma in realtà si tratta di Cass. Pen. S.U., 26 novembre 2020, n. 10381, in *Foro it.*, 2021, 6, II, 369) che, operando in via analogica sul disposto di cui all'art. 384 c.p., ha incluso nell'elenco dei "prossimi congiunti" anche il convivente *more uxorio*, la salvezza della cui vita può rientrare tra le cause di esclusione della colpevolezza. Al riguardo, nell'ordinanza di rimessione, si evidenzia come l'elenco dei soggetti classificabili come "prossimi congiunti", ossia quello di cui all'art. 307, 3° co. c.p. oggetto di pedissequo rinvio da parte dell'art. 384 c.p., è sostanzialmente assimilabile a quello contemplato dall'art. 230-bis 3° co. c.c. Perciò, se nella cornice penalistica, in cui la tassatività della previsione costituisce un principio tradizionalmente ritenuto indeclinabile, è stato possibile svolgere un'operazione interpretativa analogica, a maggiore ragione dovrebbe ritenersi conseguibile il medesimo risultato nel contesto civilistico, acquisendo tra i familiari di cui all'art. 230-bis 3° co. c.c. anche il convivente *more uxorio*.

## 2. Spunti di riflessione

A distanza di pochi mesi, l'ordinanza che si commenta costituisce per l'interprete la terza occasione per interrogarsi sul più ampio impatto sistematico che la l. 76/2016 potrebbe avere prodotto sulla fisionomia giuridica delle convivenze di fatto (si vedano in proposito le ordinanze di rimessione n. 30671/2022 e 2507/2023 entrambe segnalate da M. D'Auria, *Convivenza e assegno di mantenimento*, in *Accademia*, 2023, n. 1, 253 ss.), il tutto in forza della constatazione in sé corretta che l'innovazione di un regime disciplinare non si esaurisce nell'analisi degli effetti della regola introdotta ma inevitabilmente importa la ridefinizione delle coordinate del sistema la cui analisi fornisce il fondamento assiologico delle decisioni.

Anche alla luce della natura suppletiva o residuale dell'istituto, in una prospettiva "inquinata" dall'esigenza di valutare l'esistenza in concreto dei connotati della subordinazione, la prova della convivenza *more uxorio* è spesso valsa più ad escludere la sussistenza della dipendenza o subordinazione (Cass. 13 dicembre 1986, n. 7486 in *Mass. Giust.civ.*, 1986, fasc. 12; Cass. 15 marzo 2006, n. 5632, in *Giust. civ.*, 7-8, I, 1728) che non ad

accordare la tutela prevista ai partecipi all'interno dell'impresa familiare. Prima della novella legislativa, salvo alcune pronunce (Cass. 17 luglio 1979, n. 4221 in *Giust. civ.*, 190, I, 671; Cass. 18 ottobre 1976, n. 3585, in *Nuovo dir. agr.*, 1977, p. 345; Trib. Ivrea, 30 settembre 1981, in *Riv. dir. agr.*, 1983, p. 463 con nota adesiva di F. Salaris, *Impresa familiare, famiglia di fatto e comunità rurali*; in *Giur. agr. it.*, con nota critica di G. Amoroso; Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 574 con nota di G. Oberto ed *ibid.*, 1992, I, 2, c. 428 con nota di R. Calvo) è prevalsa in giurisprudenza la tesi più rigorosa (Trib. Milano, 10 gennaio 1985, in *Soc.*, 1985, p. 507; Trib. Roma, 17 luglio 1980, in *Dir. fam. pers.*, 1980, II, p. 611, con nota di L. Farenga, *In tema di «rapporto more uxorio», «famiglia di fatto», e «impresa familiare»*; Trib. Milano, 5 ottobre 1988, in *Lavoro* 80, 1989, p. 549).

Dal canto suo, la dottrina ha discusso con esiti alterni sul rilievo da accordare all'opera prestata dal convivente *more uxorio* all'interno della famiglia dividendosi tra chi riteneva che l'unica tutela possibile fosse quella fornita dall'ingiustificato arricchimento (P. Stanzione, *Appunti sull'impresa familiare nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 1997, II, 30 ss.; E. Calò, *La giurisprudenza come scienza inesatta (in tema di prestazioni lavorative in seno alla famiglia di fatto)*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2306 ss.; G. Oberto, *Impresa familiare e ingiustificato arricchimento tra conviventi "more uxorio"*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 574 ss.; G. Ragusa Maggiore, *Famiglie di fatto e impresa familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 18 ss.) e la maggioranza, invece, che da un lato valorizzando la logica che neutralizza la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative, dall'altro contestando l'idea che la funzione retrostante all'introduzione dell'impresa familiare fosse la tutela della famiglia legittima (V. Scalisi, *La «famiglia» e le «famiglie» in La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Milano, 1985, p. 270 ss.), ha escluso l'applicabilità dell'art. 2041 c.c. nel campo operativo dell'impresa familiare (A. Checchini, *Sul fondamento dell'impresa familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 567). Conseguentemente, si è ritenuto ammissibile l'interpretazione analogica volta ad includere anche il convivente di fatto tra i soggetti protetti dalla disciplina di cui all'art. 230-bis c.c. (L. Balestra, *Sulla rilevanza della convivenza more uxorio nell'ambito dell'impresa familiare*; F. Prospero, *Impresa familiare*, cit., p. 179; A. Jannarelli, *Lavoro nella famiglia, lavoro nell'impresa familiare e famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 1837 ss.; S. D'Ercole, *Famiglia di fatto*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, I, Milano, 1980, p. 371; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 284; C.A. Graziani, *L'impresa familiare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, cit., p. 404; A. Di Francia, *Il rapporto d'impresa familiare*, cit., p. 281; L. Balestra, *L'impresa familiare*, cit., p. 693; G. Palmeri, *L'impresa familiare*, cit., p. 70; N. Florio, *Famiglia e impresa familiare*, Bologna, 1977, p. 56 ss.; G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 289 ss.; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 284 ss.; adde C.A. Graziani, *L'impresa familiare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, III, 2, 2a ed., Torino, 1996, p. 675 ss.; A. Natoli, *Lavoro familiare*, in M. Dell'Olio (a cura di), *Diritto del lavoro*, in *Dizionari del dir. priv.*, a cura di N. Irti, 2, Milano, 1981, p. 159 ss).

A fronte di un quadro composito, che del resto restituisce l'immagine di un istituto che si presta ad interpretazioni plurivoche, chi scrive ritiene però che, così come a suo tempo, l'introduzione dell'istituto dell'impresa familiare aveva rappresentato il segnale di una chiusura verso i primi fermenti a favore del riconoscimento della rilevanza dell'o-

pera prestata *affectionis vel benevolentiae causa* dal convivente *more uxorio* (F. Prosperi, *L'impresa familiare*, cit., p. 146; V. Colussi, *Impresa familiare*, in *Nss. dig. it.*, cit., p. 70; G. Ragusa Maggiore, *Famiglia di fatto e impresa familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 39 ss.; A. Trabucchi, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 21; G. Oppo, *Impresa familiare*, in Commentario al diritto italiano della famiglia, diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, 3, Padova, 1992, p. 466), allo stesso modo, la novella legislativa induce a ritenere che il legislatore abbia proprio inteso differenziare la situazione giuridica del convivente di fatto (L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e «modello» matrimoniale: prime riflessioni*, cit., p. 1787 ss.; F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, editoriale pubblicato in data 23 giugno 2016, in *www.giustiziavivibile.com*, p. 8; E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria*, editoriale pubblicato in data 1 aprile 2016, in *www.giustiziavivibile.com*, p. 3 ss., *ivi*, p. 10; L. Lenti, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, 4, p. 97 ss., *ivi*, p. 107; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it.*, 2016, 6, p. 207).

Appare, quindi, difficilmente praticabile un'operazione che, in via ermeneutica, recuperi la tutela dei conviventi che abbiano prestato stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa ricavandola all'interno della disposizione di cui all'art. 230-bis 3° co. c.c., anche perché sarebbe incongruo che i diritti di natura amministrativa, negati dalla novella, fossero automaticamente riconosciuti in via interpretativa al convivente riclassificandolo come "familiare".

Di là di una generica contrarietà verso una scelta legislativa che penalizza il convivente *more uxorio*, che quindi non riconosce ai conviventi la possibilità di instaurare l'impresa familiare, la linea direttrice di tale intervento si spiega allora con l'intento di delimitare la sfera di tutela dei familiari e del convivente *more uxorio* che presti la propria opera all'interno dell'altrui impresa familiare. In tale prospettiva, la previsione di cui all'art. 230-ter c.c. rimette l'ampliamento della tutela del convivente o all'opzione societaria ovvero lavorista, oppure, ragionando all'esterno delle opzioni generalmente prospettabile nel quadro dell'organizzazione d'impresa, nel «contratto di convivenza». Stabilita l'opzione in favore del regime di comunione legale, infatti, tale scelta genera la caduta in comunione dell'altrui impresa familiare, secondo il regime previsto dall'art. 177 lett. d) Cod. civ. per le aziende coniugali, ovviamente a condizione che il convivente abbia anche una posizione gestoria (su questo possibile sviluppo, sia consentito il rinvio a M. D'Auria, *L'impresa nella famiglia*, Napoli, 2017, p. 242, 251).

A fronte di questa posizione, deve ammettersi la suggestività del richiamo alle Sezioni unite penali svolto in motivazione. Nel decidere in tale senso, le Sezioni unite penali si sono poste in contrasto con una serie di recenti pronunce che, al fine di giustificare l'inammissibilità di una simile interpretazione analogica, hanno dato rilievo al fatto che la legge 76/2016, mentre ha provveduto ad assimilare al coniuge l'unito civilmente, così ampliando la cerchia dei prossimi congiunti di cui all'art. 307 comma 4 c.p., ha omesso qualsiasi riferimento ai conviventi di fatto.

A chiarimento del ragionamento condotto dalle richiamate Sezioni unite penali, tuttavia, pare rilevante evidenziare la circostanza che l'ipotesi di cui all'art. 384 c.p. è

stata classificata non già quale causa di non punibilità, ma di esclusione della colpevolezza. Il punto è rilevante perché mentre le cause di non punibilità sono contenute in regole aventi natura eccezionale, che quindi non risultano estensibili sul piano analogico, le cause di esclusione della colpevolezza non sono eccezionali se ed in quanto espressione di un principio immanente al sistema, il che si ravvisa nel caso discusso, quando viene in rilievo l'inesigibilità della condotta dovuta a fronte di particolare situazione emotive e soggettive del soggetto agente che incidono sulla sua libertà di autodeterminazione. In questa prospettiva, il suggerimento proveniente dalla Sezione lavoro appare ben instradato se si conferma l'assunto che intende l'istituto autonomo dell'impresa familiare come avente natura speciale e non eccezionale (così espressamente Cass. S.U. 6 novembre 2014, n. 23676).

## Indicazioni di lettura

### Sulla impresa familiare

F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1979, p. 50; V. Colussi, voce *Impresa familiare*, in *Nss. dig. it.*, Appendice, IV. Torino, 1983, p. 55; M. Tanzi, voce *Impresa familiare*, 1) Diritto Commerciale, in *Enc. giur.*, Treccani, XVI, Roma, 1989, 2 ss.; M.C. Andrini, *L'impresa familiare*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. economia*, diretto da Galgano, vol. XI, Padova, 1989, p. 268; L. Balestra, *L'impresa familiare*, in *Tratt. dir. fam.*, vol. III, *Regime patrimoniale della famiglia*, II° ed., a cura di F. Anelli, M. Sesta, diretto da P. Zatti, 2012, p. 811 ss.; G. Palmeri, *sub art. 230 bis – Regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. c.c., Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2004, p. 6 ss.; F. Prospero, *sub art. 230 bis c.c. – Impresa familiare*, in *Comm. c.c.*, Schlesinger, Milano, 2006, p. 18 ss.; G. Quadri, *Impresa familiare e prestazioni di lavoro*, Napoli, 2012; M. D'Auria, *L'impresa nella famiglia*, Napoli, 2017.

### Sulla novella dell'art. 230-ter c.c.

L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e «modello» matrimoniale: prime riflessioni*, cit., p. 1787 ss.; F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, editoriale pubblicato in data 23 giugno 2016, in *www.giustiziacivile.com*, p. 8; E. Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria*, editoriale pubblicato in data 1 aprile 2016, in *www.giustiziacivile.com*, p. 3 ss., *ivi*, p. 10; L. Lenti, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, 4, p. 97 ss., *ivi*, p. 107; R. Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, 6, p. 207; M. Tola, *Impresa familiare e convivenze*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 705 ss.

## Sul contratto di convivenza

Amadio, La cessazione della convivenza, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016; Balestra, La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione, in *Fam. Dir.*, 2016; Gorgoni, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Torino, 2016; Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *Giust. Civ.*, 2016; Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contr.*, 2017; Quadri, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: un non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. Giur.*, 2017; Rizzi, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017.

### ABSTRACT

Per le convivenze cessate prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, 36° co. l. 76/2016 residua un problema di tutela delle prestazioni lavorative svolte all'interno dell'impresa familiare, atteso il carattere non retroattivo dello statuto di protezione congegnato dalla novella di cui all'art. 230-ter c.c. Partendo da questo dato incontrovertibile, la Sezione lavoro ha sollevato alle Sezioni Unite della Cassazione la questione se l'esigenza di tutela possa essere colmata in via interpretativa, ossia estendendo il catalogo previsto dal disposto di cui all'art. 230 bis-ter c.c., con l'effetto di riconoscere al convivente more uxorio le medesime tutele previste in favore di coloro che detta norma qualifica come "familiari".

Given the non-retroactivity of the protective statute devised by art. 1, 36° l. 76/2016, a problem of protection remains for work services performed by the civil partner within the family business. Starting from this undeniable assumption, the Labour Section has posed to the United Sections of the Supreme Court the question whether the need for protection can be met by way of interpretation, i.e. by extending the catalogue provided for by the provisions of Article 230-bis 3° co. c.c. with the effect of recognising to the civil partners the same protections provided for those whom said rule qualifies as 'family members'.





### **Adozione aperta. Tra conservazione dei rapporti con la famiglia d'origine e ridefinizione in un nuovo nucleo familiare. Dov'è l'interesse del minore?**



*Alfio Guido Grasso*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. Le diverse stagioni del diritto delle adozioni. – **2.** La questione controversa. Se l'art. 27, co. 3, l. n. 184/1983, è incostituzionale nella parte in cui dispone che con l'adozione piena cessano i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine (Cass. ord. n. 230/2023). – **3.** Il ruolo dell'interprete e la valorizzazione della regola posta a favore degli affidatari dall'art. 4, co. 5-ter, l. n. 184/1983. – **4.** Tra vincoli internazionali, accentuazione della conflittualità e rischi per la salute psicofisica dei minori: qualche perplessità sulla prospettiva che fa salvi i rapporti con la famiglia d'origine nell'adozione piena. – **5.** Un confronto comparatistico. Il modello spagnolo del riformato art. 178, co. 4, *código civil*. – **6.** Conclusioni, ovvero una prospettiva da incoraggiare, ma non da assurgere a regola.

#### **1. Premessa. Le diverse stagioni del diritto delle adozioni**

Già all'indomani della l. 28 marzo 2001, n. 149, alla luce delle modifiche radicali apportate alla l. 4 maggio 1983, n. 184, dottrina esperta segnalava, riportando l'opinione degli operatori del settore, il mutato clima culturale intorno al fenomeno dell'adozione di minori. Non senza spunti polemici verso i «segni dei tempi», si proponeva una ricostruzione storica dell'istituto in tre fasi culturali. A una prima fase, in cui l'istituto dell'adozione era ordinato all'interesse dell'adottante alla trasmissione del cognome e dell'eredità familiare, ne avrebbe fatto seguito una seconda in cui il modello culturale prevalente sarebbe stato quello dell'adozione a fini assistenziali o solidaristici, relegando in secondo piano l'aspirazione alla genitorialità. Per poi approdare a una terza (e all'epoca ultima) fase (coeva e corrispondente alla riforma del 2001) in cui l'adozione si era trasformata da istituto solidaristico a strumento di reazione alle carenze demografiche e, in modo

crescente, alle difficoltà e alle frustrazioni delle coppie nel realizzare il loro progetto di genitorialità<sup>1</sup>.

Proseguendo questa suddivisione in stagioni, potremmo sostenere – proprio sulla scia della questione sollevata dall’ordinanza qui in commento – che, oggigiorno, a distanza di oltre vent’anni da quella riforma, stiamo sperimentando una quarta fase del diritto delle adozioni, in cui sembrano assumere spazio non solo e non tanto le esigenze e le motivazioni degli adulti che intendono intraprendere tale percorso di genitorialità, ma anche quelle degli adulti che, pur non potendo occuparsi compiutamente dell’infante, intendono comunque continuare a coltivarne la relazione. Tuttavia, nel periodo intermedio, dal 2001 ad oggi, si è registrata, nelle scienze sociali, un’importante evoluzione (o rivalutazione) dell’importanza delle relazioni del minore con la famiglia biologica e, a livello giuridico, il consolidamento dell’orientamento della Corte europea dei diritti dell’uomo che confina a casi remoti l’interruzione delle relazioni con la famiglia d’origine<sup>2</sup>: aspetti, entrambi, che hanno contribuito in modo decisivo alla produzione di questo cambiamento di clima culturale intorno al diritto delle adozioni e che, non a caso, sono alla base dell’ordinanza della Cassazione in esame<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione*, voce, *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., tomo I, 2003, 39 e ss.

<sup>2</sup> Nell’ambito della giurisprudenza CEDU, è maturato un indirizzo volto a valorizzazione non solo gli interessi del minore, ma anche quelli della famiglia biologica, nell’ottica di salvaguardare la continuità dei rapporti affettivi fra il minore e i componenti della famiglia d’origine: v., di recente, Corte EDU, 30 giugno 2020, ric. n. 82314/17, E.C. c. Italia, in *www.hudoc.echr.coe.int*. Sottolinea a proposito TUCCARI, *Note critiche sulla continuità delle relazioni nelle crisi familiari*, in *Famiglia*, 2021, 285 e ss., spec. 295, che, “per quanto questo indirizzo non produca nel nostro sistema particolari problemi nell’ambito dell’affidamento eterofamiliare (legislativamente delineato proprio nell’ottica di un’interruzione soltanto parziale e, in ogni caso, temporanea dei rapporti con la famiglia d’origine), finisce per sollevare maggiori criticità laddove ribadito, dalla stessa Corte EDU, anche nella prospettiva dell’istituto dell’adozione (piena o legittimante) di minori d’età”. Avverte però QUADRI, *Verso una riforma dell’adozione?*, in *giustiziacivile.com*, editoriale del 3 ottobre 2016, 4, che l’attenzione così prestata alla posizione dell’adulto, cui pure l’impostazione seguita dalla Corte europea dei diritti dell’uomo potrebbe in qualche modo condurre, sembra, tuttavia, da “dover essere ricondotta essenzialmente ad una notevole sensibilità per l’esigenza di privilegiare l’obiettivo del recupero funzionale – dichiaratamente «per mezzo di una assistenza sociale mirata» – della famiglia di origine, quale via elettiva in vista del soddisfacimento proprio delle esigenze fanciullo: ottica, questa, non certo estranea al nostro ordinamento” (v. § 3).

<sup>3</sup> Per un quadro sintetico ma chiarissimo dell’orientamento della giurisprudenza CEDU v., per tutti, il recente volume di LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, 1018 e ss.



## 2. La questione controversa. Se l'art. 27, co. 3, l. n. 184/1983, è incostituzionale nella parte in cui dispone che con l'adozione piena cessano i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine (Cass. ord. n. 230/2023)

Due minori, rimasti privi delle figure genitoriali a seguito dell'omicidio della madre per mano del padre e della dichiarazione di decadenza di quest'ultimo dalla responsabilità genitoriale, venivano affidati dal Tribunale per i minorenni di Milano ai prozii paterni residenti in Gran Bretagna, considerati idonei a prendersi carico dei bambini. Esclusa la situazione di abbandono, i giudici dichiaravano infatti il non luogo a provvedere in ordine alla dichiarazione di adottabilità dei minori ex art. 8 l. adoz., pur prevedendo un coordinamento tra i servizi sociali italiani e quelli inglesi anche al fine di conservare periodiche frequentazioni con la nonna materna. La Corte d'appello, ribaltando il giudizio di prime cure, accertata l'inidoneità del nucleo familiare paterno, dichiarava lo stato di adottabilità, disponendo la conservazione dei rapporti con la nonna materna, nonché con i predetti parenti paterni, in ragione della significatività di tali relazioni per i minori, che non poteva essere dispersa in funzione dell'elaborazione del trauma patito e della ricostruzione della storia personale e familiare.

Avverso tale pronuncia proponeva ricorso in Cassazione la Procura Generale di Milano che, con unico motivo, deduceva la violazione degli artt. 7 e ss. nonché 44 e ss. l. n. 184 del 1983, per avere la Corte d'appello "innestato illegittimamente sull'adozione legittimante le caratteristiche proprie dell'adozione mite, con la previsione della conservazione dei legami con la famiglia di origine, nonostante la espressa previsione contraria contenuta nell'art. 27, l. n. 184 del 1983.". Malgrado la tardività della notifica del ricorso, e quindi la definitività della dichiarazione di adottabilità dei minori (ex art. 18 l. adoz.)<sup>4</sup>,

<sup>4</sup> Il profilo dell'inammissibilità del ricorso principale – e quindi la circostanza che la dichiarazione di adottabilità non potesse più essere messa in discussione – ha assunto un'importanza centrale nell'economia della pronuncia, anche in vista della rimessione della questione, in quanto ha portato i giudici a rinunciare all'esame della possibilità di ricorrere a regimi alternativi a quello dell'adozione piena, conservativi del rapporto con la famiglia biologica (come l'adozione mite). La concezione alla base, seppure non esplicitata, è quella espressa da Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Nuova giur. civ. comm.*, 837 e ss., con nota di MOROZZO DELLA ROCCA; anche in *Fam. e dir.*, 2020, 1063 e ss., con nota di THIENE (poi seguita da Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Corr. giur.*, 2021, 1066 e ss., con nota di SALANITRO; Cass., 15 dicembre 2021, n. 40308, in *Famiglia*, 2022, 241 e ss., con nota di CORSO), per la quale – ove sia stata aperta una procedura di adottabilità – all'adozione in casi particolare si potrebbe ricorrere solo nel caso in cui questa si concluda con un non luogo a provvedere in ordine alla dichiarazione di adottabilità (in dottrina sembra aderire a quest'orientamento ZANOVELLO, *Semiabbandono e interesse del minore alla conservazione dei legami familiari. La Cassazione ribadisce il ricorso all'adozione "mite"*, in *Fam. e dir.*, 2021, 590 e ss., spec. 597). In realtà, già illustre dottrina aveva eloquentemente indicato che "la dichiarazione di adottabilità e così pure la situazione di abbandono che di questa dichiarazione è il presupposto, non costituiscono né condizioni necessarie, né impedimenti per la pronuncia di adozione in casi particolari": CATTANEO, *Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Quadrimestre*, 1984, 51. In senso avverso non milita, come pure si sostiene, l'art. 11, co. 1, l. adoz., là dove stabilisce che "il tribunale per i

la Cassazione considerava la questione dell'automaticità e inderogabilità della rescissione dei rapporti con la famiglia d'origine nel quadro dell'adozione piena di rilievo nomofilatico. La stessa Procura Generale presso la Cassazione, nella sua requisitoria, sottoforma di richiesta di enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., sottolineava come in alcuni casi, ove non vi siano, come nella specie, regimi giuridici alternativi all'adozione piena e, nello stesso tempo, sia stato accertato il pregiudizio per lo sviluppo psico fisico dei minori conseguente alla rescissione dei legami con le famiglie di origine, si giustifichi (*rectius* si imponga) un'interpretazione dell'art. 27 l. n. 184 del 1983 che faccia salvo "il superiore interesse del minore" a non recidere per il suo benessere psicologico il legame con i rami familiari d'origine.

---

minorenni provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44". La previsione è espressamente riferita (tanto da farne una disposizione speciale) ai minori orfani di padre e madre, e va letta in combinato disposto con l'art. 8, co. 1 (sono dichiarati in stato di adottabilità i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi) e con l'art. 44, co. 1, lett. a (i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore *da vincolo di parentela* fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, *quando il minore sia orfano di padre e di madre*). La soluzione, logica anche se non sempre praticabile, riservata dal legislatore ai minori orfani di madre e di padre, prevede innanzitutto che essi rimangano possibilmente nelle cure dei parenti, la cui presenza, se accompagnata da un'adeguata assistenza, esclude lo stato di abbandono, e quindi la dichiarazione di adottabilità. Se questi non provvedono, o non provvedono adeguatamente, e quindi viene dichiarato lo stato di abbandono, la dichiarazione di adottabilità non sarebbe comunque possibile in presenza di domande ai sensi dell'articolo 44 da parte (appunto) di parenti o, comunque (il nucleo primigenio degli affetti è pur sempre preferito), di persone aventi già un rapporto consolidato con il minore (probabilmente formatosi prima della morte dei genitori). Ciò posto, anche ove non vi fosse alcuna domanda di adozione in casi particolari e il minore fosse dichiarato adottabile, niente osta che il minore possa essere adottato nella forma dell'adozione in casi particolari (purché la domanda, in ipotesi tardiva, sia presentata prima dell'affidamento preadottivo). In concreto, nulla impedisce che l'adozione in casi particolari possa riguardare un minore già in stato di adottabilità (così CIRIOLO, *Sub art. 44 legge n. 184/1983*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia*, III, a cura di DI ROSA, Torino, 2018, 933, ove riferimenti a dottrina più risalente) oppure che previamente o contestualmente alla dichiarazione di adottabilità faccia seguito, nell'interesse superiore del minore, un pronunciamento di adozione in casi particolari (in questo senso SALANITRO, *Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 16 bis, junio 2022, 1524 e ss., spec. 1531), ad esempio laddove si verifichi l'importanza di mantenere nell'interesse del minore i rapporti con la famiglia di origine (v., già in sede di commento a Cass. n. 3643/2020, MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 830 e ss., spec. 833). Ciò non toglie che, anche nell'adozione piena, si possano conservare i rapporti con i parenti biologici, ma rimane (o, forse pure, deve rimanere) uno scenario più raro che richiede "spontanea" collaborazione e buona disposizione da parte degli adottanti e della famiglia d'origine (v. § 6).

La Suprema corte, tuttavia, (lo si anticipa, in un modo un po' sbrigativo, sia detto con tutto rispetto<sup>5</sup>), ha escluso la possibilità di enunciare un principio di diritto siffatto in quanto ha ritenuto insuperabile in via interpretativa la previsione di cui all'art. 27, co. 3, l. adoz., considerata là dove dispone la recisione dei legami con i nuclei familiari originari di "carattere assoluto". Secondo i supremi giudici il legislatore, "ancorché con valutazione predeterminata, generale ed astratta", ha ritenuto che *"solo la cancellazione della famiglia di origine possa garantire la realizzazione della piena tutela e del pieno interesse del minore, senza lasciare spazio ad una valutazione in concreto. La salvezza dei divieti matrimoniali, una previsione sostanzialmente pleonastica, conferma la scelta del legislatore in ordine all'intangibilità in via interpretativa del divieto (di conservare, nel caso sia corrispondente all'interesse del minore, i legami con la famiglia di origine). Il sistema normativo disciplinato ai capi II e IV della l. n. 184 del 1983 si fonda su un inscindibile nesso causale sussistente tra dichiarazione di adottabilità e dichiarazione di adozione con automatico effetto di recisione dei legami, non superabile in via interpretativa"*.

Cionondimeno, proprio i giudici della Prima sezione avvertono che l'inderogabilità della previsione che impone la recisione dei legami con la famiglia di origine può non costituire sempre la soluzione preferibile, oltre che risultare in contrasto con gli orientamenti in materia della Corte EDU. In talune situazioni l'interesse del minore – anche quando non sussistono (meglio: specie quando non sussistono) le condizioni per intraprendere un percorso adottivo diverso da quello dell'adozione piena – può non corrispondere alla perdita dei legami con il nucleo familiare e parentale di origine, con la conseguenza ulteriore di porre il minore *"nella condizione di ricevere un profilo di tutela ingiustificatamente inferiore a quello che potrebbe avere ove il divieto non fosse vigente ed ad essere discriminato per l'impossibilità di accedere a forme di adozione cd. mite per la mancanza di effettive figure vicarianti o di riferimento"*.

Esclusa la possibilità di interpretare in modo costituzionalmente e convenzionalmente orientato la norma, e argomentata la rilevanza della questione in funzione dell'intervento nomofilattico ex art. 363 c.p.c., la Cassazione decide di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, co. 3, l. adoz., nella parte in cui impedisce al giudice di valutare in concreto se l'interesse superiore del minore richieda la conservazione dei

---

<sup>5</sup> Basti solo considerare – a parte quello che si dirà nel prossimo paragrafo circa il rilievo che può rivestire nella risoluzione della questione il nuovo enunciato di cui all'art. 4, co. 5-ter, l. adoz. – che l'ordinanza non si è nemmeno confrontata con quell'orientamento delle corti di merito che differenzia tra rapporti giuridici e rapporti sociali, per giungere a ritenere solo i primi ricompresi nel divieto di cui all'art. 27, l. adoz. (e quindi destinati a venire meno con il provvedimento di adozione) (v. § 3). V. già la critica di DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, in *Fam e dir.*, 2023, 437 e ss., spec. 453, per il quale, *"a differenza dunque di quanto sembra indicare l'ordinanza in commento, non si tratta affatto di una procedura rigida che abbia, come sua conclusione obbligata, l'adozione, con cancellazione di ogni legame giuridico con genitori e parenti"*.

rapporti fra adottato e parenti (entro il quarto grado) della famiglia di origine, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30 Cost. e con l'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 8 Cedu; 3 e 21 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 e ratificata con l. 20 maggio 1991, n. 176; e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

### **3. Il ruolo dell'interprete e la valorizzazione della regola posta a favore degli affidatari dall'art. 4, co. 5-ter, l. n. 184/1983**

Con la l. 19 ottobre 2015, n. 173, il legislatore ha riconosciuto il diritto alla continuità affettiva dei minori in affido familiare. In particolare, non solo è stata risolta positivamente la questione della possibilità di adottare il bambino in affidamento (e nel frattempo dichiarato in stato di abbandono) da parte degli affidatari, ma è stato richiesto al Tribunale per i minorenni di considerare, nel caso in cui la famiglia affidataria chieda di poter adottare il bambino, i legami affettivi e la relazione consolidata tra il minore e la famiglia affidataria (v. art. 4, co. 5-bis, l. 184/1983). Una "corsia preferenziale" giustificata dall'esigenza del minore di continuare a coltivare (anzi consolidare) la relazione affettiva instaurata con la famiglia affidataria presso la quale era stato inserito.

È stato inoltre, e tra le altre cose, sancito che, laddove, dopo un periodo di affidamento, il minore faccia ritorno nella famiglia di origine o venga affidato ad altri soggetti oppure adottato da altra famiglia, sia tutelato il suo diritto alle relazioni socio-affettive consolidate durante l'affidamento (v. art. 4, co. 5-ter, l. 184/1983). In pratica, questa disposizione si traduce il più delle volte in una continuazione dei rapporti tra il minore e gli "ex" affidatari, sotto forma di incontri o visite da concordare con gli adottanti o la famiglia di origine (se il minore vi ha fatto rientro), oppure telefonate o videochiamate, messaggi, scambi epistolari o comunicazioni telematiche di vario tipo, fintantoché e nella misura in cui siano rispondenti all'interesse del minore<sup>6</sup>. In vista dell'adozione di tali

---

<sup>6</sup> V. Tribunale per i minorenni di Venezia, 29 marzo 2019, in *Fam. e dir.*, 2019, 999 e ss., con nota di DIQUATTRO, che ha ritenuto legittima l'interruzione del rapporto tra gli ex affidatari e il minore da parte dei servizi sociali, non solo per agevolare il consolidarsi del legame tra il minore e i suoi genitori (dopo il periodo di affidamento il bambino era poi rientrato nella famiglia biologica), ma anche in considerazione del fatto che negli incontri avuti con gli affidatari il minore era apparso piuttosto disorientato e in difficoltà. Il Tribunale ha altresì escluso la legittimazione attiva degli ex-affidatari ad instare ai sensi degli artt. 333 e 336 c.c. per il mantenimento dei rapporti con il minore (ma su questo profilo torneremo indirettamente nel testo del § 4 quando tratteremo della possibile legittimazione attiva invece dei parenti della famiglia d'origine). Cfr. anche Cass., 14 febbraio 2019, n. 4524, in *www.italgiure.giustizia.it*, dove oggetto di contestazione era proprio il provvedimento con cui la Corte di appello aveva disposto, contrariamente al tribunale, che fossero garantiti gli incontri tra gli affidatari e il minore nelle more della decisione del procedimento di adozione ex art. 4, co. 5-bis. La decisione è di inammissibilità, perché la Cassazione ha ritenuto che il provvedimento della Corte d'appello mancasse dei requisiti di decisività e definitività necessari per ammettere il ricorso straordinario in cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost., ma è interessante segnalare

provvedimenti, che spesso assumono la veste di “prescrizioni ai genitori”, cioè di uno di quegli interventi sulla responsabilità genitoriale che il Tribunale per i minorenni può adottare per garantire che l’interesse del minore sia pienamente attuato dai genitori<sup>7</sup>, è previsto che l’autorità giudiziaria, oltre ad ascoltare gli stessi affidatari<sup>8</sup>, tenga conto anche delle valutazioni documentate dei servizi sociali e delle impressioni tratte dall’ascolto con il minore che ha compiuto gli anni dodici o anche di età inferiore, se capace di discernimento (art. 4, comma 5-*quater*, l. adoz.).

Per quanto sia lecito domandarsi se sia sufficiente la tutela apprestata dal nuovo comma 5-*ter* dell’art. 4, l. adoz.<sup>9</sup>, è indubbio che la legge n. 173/2015 nel suo complesso e questa disposizione in particolare rappresentino un traguardo significativo nella tutela del diritto del minore alla continuità affettiva, espressione di un principio che possiamo considerare con una qualche evidenza non tanto (o solo) isolato alle dinamiche relative all’affidamento ma suscettibile di applicazione ovunque venga in discussione un’esigenza siffatta. Sebbene la legge sia stata introdotta sulla scia (o meglio nel tentativo di evitare

---

la non solo perché testimonia le misure (nonché i contrasti) della giurisprudenza di merito per garantire in concreto la continuità affettiva ai sensi dell’art. 4, co. 5-*ter*, ma evidenza anche dei numerosi casi di concorrenza tra procedure adottive disposte seguendo l’*iter* previsto dagli artt. 8 e ss. della legge adoz. e quelle (potremmo definirle sia di nuova formazione che preferenziali) di cui all’art. 4, comma 5-*ter*.

<sup>7</sup> Così RUSSO, *La salvaguardia della continuità affettiva nell’interesse del minore*, in *IUS Famiglie*, 21 settembre 2020, a commento di Tribunale Bologna 1 luglio 2020. Cfr. però anche quanto sostenuto da LONG, *In morte dell’adozione?*, in *Famiglia*, 2021, 576 e ss., spec. 584, sulla base dell’analisi di una serie di pronunce di merito dalle quali emerge che il carattere “aperto” dell’adozione spesso non sia disposto giudizialmente, preferendosi rimettere tale scelta ai genitori adottivi, anche in merito ai tempi e modi di mantenimento della relazioni con la famiglia di origine.

<sup>8</sup> L’ascolto degli affidatari non è disposto espressamente dall’art. 4 ma si ricava abbastanza univocamente dall’ultimo capoverso dell’art. 5, co. 1°, l. adoz., sempre introdotto dalla l. n. 173/2015 (l’art. 2), ove si legge che “l’affidatario o l’eventuale famiglia collocataria devono essere convocati, a pena di nullità, nei procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato ed hanno facoltà di presentare memorie scritte nell’interesse del minore”. V. in questo senso CORDIANO, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 255 e ss., spec. 261.

<sup>9</sup> V. MORACE PINELLI, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173*, in *Dir. pers. e fam.*, 2016, 303 e ss. spec. 313, per il quale la tutela apprestata dal nuovo comma 5-*ter* dell’art. 4 l. adoz., introdotto dall’art. 1 della legge n. 173/2015, si riduce in sostanza a un diritto di visita da concordare con la famiglia adottiva. Tuttavia, al di là dell’oggettiva scarsità di strumenti alternativi, rimane sempre la preoccupazione (che accompagnerà anche il resto del nostro discorso) di non trascurare l’altro polo dell’interesse del minore, ovvero quello di (ri)consolidare il rapporto con la famiglia d’origine (se vi ha fatto ritorno dopo l’affido) o di instaurare adeguatamente e pienamente la relazione genitore-figlio con la “sua nuova” famiglia (che in questo caso potrebbe essere una diversa famiglia affidataria o quella adottiva). Su queste preoccupazioni v., fin d’ora, LONG, *In morte dell’adozione?*, cit., 576 e ss.; TUCCARI, *L’adozione non può essere sempre “mite”*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di GRANELLI, 2020, Milano, 137 e ss.

nuove condanne come quella) del caso Moretti e Benedetti contro l'Italia, che aveva visto il nostro Paese obbligato a risarcire una coppia di coniugi per essere stati preferiti in sede di adozione dopo aver accudito un bambino per 19 mesi nel quadro dell'istituto dell'affido<sup>10</sup>, dai lavori parlamentari e dal dibattito in aula emerge chiaramente che la portata del provvedimento era più ampia e mirava a dare espressione e riconoscimento ai bisogni dei minori, primo fra tutti la stabilità e la prosecuzione positiva dei legami già maturati, affinché potessero anche svilupparsi nel tempo e non essere troncati bruscamente<sup>11</sup>.

Che questa sia l'ispirazione e la *ratio* della norma è rintracciabile anche in quella autorevole dottrina che ne ha proposto l'applicazione – nonostante i riferimenti testuali rivolti solo all'affidamento o alla famiglia affidataria – pure nei confronti della famiglia “collocataria”, cioè di quei soggetti presso i quali i servizi sociali (affidatari) hanno collocato il minore. Anche nei confronti dei membri della famiglia “collocataria” possono nascere legami affettivi significativi, altrettanto meritevoli di comprensione e salvaguardia di quelli suscettibili di sorgere con i soggetti affidatari. Un'estensione che è stata ritenuta possibile anche nei confronti dei responsabili di comunità di tipo familiare, soprattutto se risiedono e vivono all'interno della stessa struttura, integrando di fatto una relazione di tipo familiare con l'infante<sup>12</sup>.

Se è questa la *ratio* del provvedimento – dare continuità a quelle relazioni socio-affettive che rivestono un valore positivo per il bambino –, *a fortiori* tale esigenza di tutela dovrebbe essere riconosciuta, già *de condito*, nei rapporti con i parenti della famiglia d'origine, laddove il rapporto con il minore fosse ritenuto positivo o comunque non negativo

<sup>10</sup> Corte EDU, Moretti e Benedetti c. Italia (ricorso n. 16318/07), 27 aprile 2010, in *Mingiust.*, 2011, 41 e ss., con nota di OCCHIOGROSSO.

<sup>11</sup> V. <https://www.camera.it/leg17/126?leg=17&idDocumento=2957> e <https://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/43659.htm> (ult. consultazione 27 luglio 2023).

<sup>12</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, in *Fam. e dir.*, 2017, 602 e ss., spec. 608 e 609; MANTOVANI, *Sub art. 5 legge n. 184/1983*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia*, III, a cura di Di ROSA, Torino, 2018, 564. In dottrina, sul punto, è riportato un contrasto con Cesare Massimo Bianca relativamente a questa equiparazione tra affidatari e collocatari. In realtà, le critiche che il Maestro mosse in sede di Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (v. [http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02\\_adozioni/2016/05/23/indice\\_stenografico.0004.html#stenograficoCommissione.tit00020.int00120](http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02_adozioni/2016/05/23/indice_stenografico.0004.html#stenograficoCommissione.tit00020.int00120), ult. cons. 28 luglio 2023) erano rivolte all'equiparazione sul piano della legittimazione processuale tra affidatari e collocatari (poi trasfusa nell'art. 5, co. 1, ult. cpv.), ad essere entrambi convocati nei procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, affidamento e adottabilità relativi al minore nonché a presentare memorie scritte. Si criticava tale riconoscimento di legittimazione processuale alla famiglia collocataria perché si dubitava della conformità al sistema di siffatta figura, nata dalla prassi dei tribunali per i minorenni di affidare il minore al sindaco o direttamente ai Servizi sociali (i quali poi a loro volta lo “collocavano” presso altri soggetti). Ma la critica in sé non aveva nulla a che vedere con la questione della tutela della relazione di fatto instaurata con i soggetti collocatari, con i quali il rapporto che doveva rimanere strettamente confinato nel tempo si fosse trasformato invece in un legame prolungato dai contorni ben diversi.

per la sua crescita<sup>13</sup>. Questa tesi, già avanzata in dottrina all'interno di una più ampia riflessione sugli istituti adottivi<sup>14</sup>, deve essere ripresa e accolta, proprio alla luce della prassi che vede sempre più spesso i bambini in condizioni non proprio di abbandono, ma di cosiddetto semiabbandono permanente. Si tratta di contesti in cui la presenza della figura genitoriale o parentale, pur presente (e questo li distingue dall'abbandono vero e proprio), non è in grado di svolgere un ruolo attivo e positivo in modo stabile (e questo li differenzia dalle situazioni di incapacità temporanea, in quanto l'assenza di qualsiasi probabilità di miglioramento rende inutile il ricorso all'affido), malgrado la sussistenza (forse unico elemento di fatto riscontrabile, ma dall'inestimabile valore) di un legame affettivo reciproco. La rimozione di tale legame sarebbe quindi lesiva non solo del diritto del minore e dei genitori alla vita familiare<sup>15</sup>, ma anche controproducente per l'interesse del minore stesso<sup>16</sup>.

Il vantaggio di questa soluzione, se accolta, sarebbe quello di consentire il ricorso alla disciplina dell'adozione piena anche nei casi di situazioni di semiabbandono permanente, adottando lo strumento tipicamente dedicato al minore privo del rapporto parentale<sup>17</sup>, e sottraendo di conseguenza terreno di applicazione alla soluzione dell'adozione

<sup>13</sup> Da notarsi che la tutela va accordata non solo quando il minore subirebbe un pregiudizio dall'interruzione dei rapporti, ma anche soltanto quando è prevedibile che dalla "prosecuzione delle relazioni socio-affettive positive consolidate" nel tempo il minore trarrebbe un significativo beneficio, in termini di una formazione più equilibrata e di uno sviluppo più consapevole (anche in termini di riconciliazione con la storia familiare, ad esempio).

<sup>14</sup> SALANITRO, *Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica*, cit., 1531.

<sup>15</sup> Il tema dell'esistenza di un interesse del minore che non coincida (o non del tutto) con l'interesse dei genitori, sembra grandemente influenzato dall'assenza nei procedimenti davanti alla CEDU di una rappresentanza processuale autonoma del minore. Lo rileva MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semiabbandono*, cit., 835 e s., il quale ne deduce che l'interesse del minore "è dunque letto ed argomentato esclusivamente dalla prospettiva del genitore che ne lamenti l'allontanamento. Di conseguenza l'opposta rappresentazione dell'interesse del minore a essere invece protetto dalla sua famiglia di origine (anche, se del caso, con la rescissione dei legami personali) emerge nei procedimenti della Corte eur. dir. uomo solo come eccezione della difesa". Emerge dunque una differenza significativa al riguardo tra il sistema riconducibile alla Convenzione EDU e quello di matrice nazionale, dove invece una rappresentanza processuale del minore è prevista.

<sup>16</sup> Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 830 e ss., spec. 831; v. anche RENNA, *Forme dell'abbandono, adozione e tutela del minore*, ivi, 2019, II, 1361 e ss.

<sup>17</sup> Mancanza del rapporto parentale che caratterizzava anche il caso sottoposto all'attenzione della Corte di cassazione, dal momento che il padre, omicida della madre, era stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale in seguito all'abominevole gesto. Tuttavia, i minori non conoscevano uno stato di vero e proprio abbandono, potendo ancora contare sul sostegno prima degli zii paterni e poi della nonna, per quanto limitato e discontinuo. La loro condizione si presentava quindi come di semiabbandono permanente, senza margini di miglioramento nell'assunzione delle funzioni genitoriali da parte dei parenti più prossimi, pur godendo di un rapporto affettivo significativo. Legame affettivo che, nei minori privati di un ambiente familiare adeguato a causa

in casi particolari (nella sua veste nominale dell'adozione mite)<sup>18</sup>: anche dopo la sentenza della Corte costituzionale che ha esteso il rapporto parentale con la famiglia dell'adottante<sup>19</sup>, questo istituto conosce *comunque* effetti personali e patrimoniali più ridotti e instabili rispetto all'adozione piena<sup>20</sup> (al di là delle perplessità riconducibili alla sua originaria destinazione normativa e alle minori garanzie processuali alle quali avrebbero diritto i genitori biologici<sup>21</sup>). L'effetto sarebbe quello di inserire stabilmente il bambino nella famiglia adottiva, con la quale instaurerebbe pieni rapporti parentali e giuridici risultanti dallo *status* di figlio, compresa l'assunzione del solo cognome della famiglia adottante, pur conservando il diritto alle "relazioni socio-affettive" con la famiglia d'origine, verso la quale perderebbe invece tutti i vincoli giuridici di natura patrimoniale e non patrimoniale.

Questa possibilità non è rimasta confinata alle discussioni dottrinali, ma ha trovato (e sta trovando vieppiù) applicazione anche in giurisprudenza, ove si registra un cospicuo numero di pronunce di merito che, con la provvedimento di adottabilità, dispongono il mantenimento del rapporto di frequentazione con i genitori e/o la famiglia biologica<sup>22</sup>.

---

della morte di un genitore causata dal *partner*, è stato testualmente valorizzato dal legislatore, con la recente l. 4/2018. L'art. 4, co. 5-*quinques*, l. adoz., recita "Nel caso di minore rimasto privo di un ambiente familiare idoneo a causa della morte del genitore, cagionata volontariamente dal coniuge, anche legalmente separato o divorziato, dall'altra parte dell'unione civile, anche se l'unione civile è cessata, dal convivente o da persona legata al genitore stesso, anche in passato, da relazione affettiva, il tribunale competente, eseguiti i necessari accertamenti, provvede privilegiando la continuità delle relazioni affettive consolidate tra il minore stesso e i parenti fino al terzo grado. Nel caso in cui vi siano fratelli o sorelle, il tribunale provvede assicurando, per quanto possibile, la continuità affettiva tra gli stessi". A riprova – anche se l'ordinanza invero non tiene conto della novella – della correttezza della soluzione (o dell'intuizione) tesa a salvaguardare la continuazione delle relazioni affettive con i parenti.

<sup>18</sup> L'adozione in casi particolare resterebbe lo strumento più idoneo quando risultasse nell'interesse del minore conservare nei confronti della famiglia di origine non soltanto le relazioni socio-affettive ma anche i rapporti giuridici (il rilievo verrà ripreso nel § conclusivo).

<sup>19</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Famiglia*, 2022, 349 e ss., con nota di BIANCA; anche in *Foro it.*, 2022, I, 2926, con nota di PALMIERI; *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1021 e ss., con nota di CINQUE.

<sup>20</sup> V., sulle perduranti differenze tra adozione piena e in casi particolari, SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1333 e ss., spec. 1347 e ss.; IORIO, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 2022, 493 e ss., spec. 499 e s.; FINESSI, *Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1027 e ss., spec. 1047 e ss.

<sup>21</sup> Minori garanzie processuali dovute anche alla posizione surriferita della giurisprudenza di legittimità che ritiene incompatibile con le fattispecie di adozione in casi particolare (o meglio limitato all'adozione piena) il ricorso alla procedura di adottabilità: con argomenti tuttavia che non sembrano insuperabili (v. nt. 5).

<sup>22</sup> Tra le tante, App. min. Roma, 14 settembre 2021, in *www.giustiziainsieme.it*, 6 aprile 2022, con nota, parzialmente adesiva, di BATTELLI; Trib. min. Torino, 10 settembre 2019, n. 157, in *IUS Famiglie*, 25 febbraio 2020, con nota di MONTARULI; Trib. min. Milano, 15 novembre 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 653 e ss., con nota di ASTIGGIANO; Trib. min. Roma, 16 gennaio 1999, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, 144 e ss.; Trib. min. Bologna, 9 settembre 2000, in *Fam. e dir.*, 2001, 79 e ss., con nota di FIGONE.



Diverso è, tuttavia, il percorso seguito dalla giurisprudenza minorile per giungere a ritenere ammissibile la conservazione dei rapporti socio-affettivi con la famiglia d'origine: non passa attraverso un procedimento analogico di valorizzazione della regola disposta dalla l. n. 173/2015 all'art. 4, co. 5-ter, l. n. 183/1984 (anche perché le prime pronunce in cui si contemplava la c. d. adozione aperta sono di molto anteriori alla novella), ma attraverso un'interpretazione restrittiva dell'art. 27, co. 3, l. n. 183/1984.

Pur condivisibile negli esiti, questo percorso argomentativo non convince. Esso si basa su una lettura del co. 3 dell'art. 27 come esclusiva conseguenza giuridica del co. 1 di tale disposizione (*“per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome”*): ossia la rottura dei rapporti viene interpretata come inevitabile effetto dell'assunzione dello *status* di figlio della coppia adottiva. Poiché la prima famiglia è dal punto di vista giuridico *tamquam non esset*, la conseguenza necessaria consisterebbe nella totale sovrapposizione (anzi, sostituzione) sul piano giuridico della seconda famiglia alla prima, senza intaccare il piano fattuale. Viene affermato, per rafforzare la tesi, che se l'effetto della cancellazione delle origini non fosse primariamente giuridico, ma necessariamente e sempre anche di fatto, i figli consapevoli della loro storia familiare perché edotti al riguardo ovvero adolescenti non potrebbero essere adottati con effetti pieni (nonostante, come noto, sia stata proprio la l. 184/1983, nel modificare la legislazione speciale del 1967 – che limitava l'adottabilità ai minori di 8 anni –, a prevedere che tutti i minori di 18 anni potessero essere dichiarati adottabili). Le relazioni di fatto, quando esistenti, cesserebbero solo e soltanto nel caso in cui fossero dannose per il bambino o comunque contrarie a una sua crescita equilibrata<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Argomenti a favore della conservazione dei rapporti socio-affettivi con la famiglia d'origine vengono tratti anche dalla disciplina di cui al riformato art. 28, l. adoz., sul diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, in particolare dal co. 4, che, entro certi limiti, può consentire di fatto anche al minore di venire a conoscenza di informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici. Nondimeno, i due profili sembrano restare invero affatto distinti. A parte (ma già basterebbe) che il Tribunale per i minorenni può decidere di fornire informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici ai genitori adottivi solo se sussistono gravi e comprovati motivi (corrispondenti in sostanza alla tutela della salute fisica e psichica): rispetto a quest'ultima, come è stato giustamente osservato (ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2016, 214 e ss., spec. 217), anche ove l'esigenza dovesse sorgere da un bisogno di ricostruire il legame affettivo con la famiglia d'origine, la sofferenza psichica dovrebbe pur sempre essere accertata in via medica, e non ritenuta presupposta, altrimenti si correrebbe il rischio di soggettivare il concetto stesso di salute. Più in generale, nel caso della conoscenza delle proprie origini, la cognizione indiretta di notizie da parte dell'adottato minore sui propri genitori biologici o sulla propria famiglia di origine rimane un dato puramente informativo, che non può dar luogo a rapporti, anche se fossero concretamente praticabili: della richiesta di cui all'art. 28, comma 4, l. adoz. non può costituire oggetto la necessità di instaurare o ripristinare una qualche forma di relazione tra la famiglia d'origine e il minore, trattandosi di un momento dialettico e conformativo della responsabilità genitoriale degli adottanti, del tutto estraneo al contenuto e alla *ratio* dell'autorizzazione in parola (sembra condividere un'idea diversa

In realtà, per quanto condivisibili e, soprattutto, supportate dalla maggioranza delle ricerche, anche le più recenti, nel campo delle scienze socio-psico-pedagogiche<sup>24</sup>, queste considerazioni non riflettono affatto lo spirito delle leggi del tempo, secondo il quale anche il valore di un fatto storico come la nascita e la crescita all'interno di una determinata famiglia (ancorché fondata sul legame biologico) poteva essere sacrificato sull'altare del diritto del bambino a "rinascere"<sup>25</sup> in un contesto familiare nuovo ma finalmente adeguato alle sue esigenze. All'opposto, erano proprio i legami di fatto i primi ad essere messi in discussione dal legislatore dell'epoca, nella cui visione era maturata "la convinzione che il permanere dei rapporti del minore con la famiglia di origine incidesse negativamente sulla sua personalità, non permettendogli di sentirsi pienamente e stabilmente integrato nella famiglia adottiva"<sup>26</sup>. Convinzione comune tanto al legislatore del 1967 quanto a quello (a noi più prossimo) del 1983, come dimostra il dibattito parlamentare particolarmente acceso sul punto relativo alla conservazione nell'adozione in casi particolari dei rapporti con la famiglia d'origine<sup>27</sup>, secondo molti fonte di gravi rischi e occasione di possibili abusi<sup>28</sup>.

Benché indubbiamente radicate in una particolare stagione del diritto delle adozioni, sarebbe tuttavia un abbaglio considerare il senso di queste preoccupazioni come obsoleto<sup>29</sup>: basti soltanto pensare che la Convenzione europea sull'adozione dei minori nella versione riveduta del 2008 (quindi non proprio risalente) non ammette deroghe da parte degli Stati aderenti in merito all'interruzione dei rapporti con la famiglia d'origine<sup>30</sup>.

---

MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semiabbandono*, cit., 834, con rinvio a VECCHIONE, *L'affidamento, l'adozione mite, l'adozione aperta: una coesistenza possibile*, in *Cura dei legami e giurisdizione*, a cura di DE MARCO, Roma, 2018, 149 e ss., spec. 171).

<sup>24</sup> V. le tante ricerche citate da KESSLER, *Les mérites de l'open adoption*, in *Droit de la famille*, n° 3 – mars 2019, 1 e ss.; o da SEYMORE, *Openness in international adoption*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2015, 46(3), 163 e ss., spec. 175 e ss.

<sup>25</sup> Negli atti parlamentari e nel dibattito tecnico-politico che precedettero l'elaborazione della legge n. 184/1983 il termine "rinascita" compariva spesso, a riprova di un clima socioculturale in cui si riteneva possibile obliterare il passato del minore trascorso all'interno della famiglia biologica a favore di una ridefinizione personale e familiare in seno a quella adottiva.

<sup>26</sup> Così RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus-online* n. 3/2015, 1 e ss., spec. 2.

<sup>27</sup> Il dibattito parlamentare, sia della legge del 1967, che di quella del 1984, è consultabile sul portale storico della Camera (<https://storia.camera.it/>).

<sup>28</sup> Cfr. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARIO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n. 184*, Milano, 1983, 432 e ss.

<sup>29</sup> Ritorna l'immagine delle stagioni, che in quanto tale è però circolare, e quindi non si può escludere che la stessa tensione innanzitutto ad evitare abusi da parte della famiglia d'origine o ad impedire confusioni di ruoli e parentele non ritorni in futuro, *in primis* nelle stesse scienze sociali (v. d'altronde le perplessità espresse nel prossimo §).

<sup>30</sup> L'Italia, è vero, non ha mai aderito a questa nuova versione della Convenzione, ma ciò non toglie nulla alla possibilità di trarre da essa spunti di riflessione sul funzionamento dei modelli di adozione a livello internazionale.

#### 4. Tra vincoli internazionali, accentuazione della conflittualità e rischi per la salute psicofisica dei minori: qualche perplessità sulla prospettiva che fa salvi i rapporti con la famiglia d'origine nell'adozione piena

La Convenzione europea sull'adozione dei minori adottata a Strasburgo il 24 aprile 1967 (firmata e ratificata dall'Italia<sup>31</sup>) si faceva promotrice di un modello di adozione caratterizzato da alcuni presupposti particolarmente stringenti a garanzia del minore, quali: l'adozione non può essere disposta se non da un'autorità giudiziaria o amministrativa; è necessario il consenso dei genitori o di chi esercita la responsabilità genitoriale, al quale l'autorità competente può derogare solo in presenza di motivi eccezionali; l'adozione è consentita solo a due persone unite in matrimonio o a un solo genitore adottivo; tutti i diritti e i doveri nei confronti dell'adottato spettano ai genitori adottivi o all'adottante e, viceversa, all'adottato spettano i diritti e i doveri propri del vincolo di filiazione nei confronti dell'adottante; con l'insorgere di questi diritti e doveri reciproci, cessa ogni posizione giuridica attiva e passiva tra l'adottato e la famiglia biologica, fatta eccezione per gli obblighi alimentari che gli Stati vogliano eventualmente riconoscere in capo ai genitori d'origine in caso di inadempimento da parte dell'adottante.

Queste sono le previsioni maggiormente caratterizzanti il modello di adozione introdotto dalla Convenzione del 1967, alle quali tuttavia gli Stati potevano derogare facendo espressa riserva ogni qualvolta la loro legislazione interna prevedesse più di un tipo di adozione. Il nostro Paese, avvalendosi di questa facoltà, espresse testuale riserva: *“The Italian Government, availing itself of the possibility provided for in Article 24, declares that it will apply the provisions of paragraph 1 of Article 24 [paragrafo ove sono richiamate le disposizioni contenenti le caratteristiche del modello d'adozione basato sulla Convenzione], only to the cases of adoption which entails full legitimation, introduced into Italian legislation by virtue of Law No 184 of 4 May 1983”*<sup>32</sup>. Ciò ha consentito al nostro ordinamento di confinare il modello di adozione di ispirazione convenzionale all'adozione legittimante, richiedendo in tal caso la presenza di un vincolo coniugale e prescrivendo l'interruzione dei rapporti con la famiglia d'origine<sup>33</sup>. Dall'altro lato, la riserva ha permesso all'Italia di

<sup>31</sup> Ratificata con l. n. 357/74.

<sup>32</sup> La riserva è datata 25 maggio 1976, all'atto del deposito dello strumento di ratifica della Convenzione. In data 31 luglio 1986 il rappresentante del governo ha riformulato la dichiarazione in considerazione del fatto che la legge n. 184 del 4 maggio 1983 aveva abrogato la legge n. 431 del 5 giugno 1967.

<sup>33</sup> Critico, all'indomani del deposito dello strumento di ratifica, sulla scelta del governo di avvalersi dell'art. 24 limitatamente alla disciplina dell'adozione (allora denominata) ordinaria: GRANELLI, *Riforma o controriforma dell'adozione? (Appunti sul regime dell'adozione dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Strasburgo)*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, 598 e ss. Per l'A. si sarebbe trattato di “un'operazione di salvataggio” della normativa interna, ideata e perseguita dall'esecutivo al di fuori di qualsiasi indicazione del legislativo”, sorretta dalla “volontà di elidere gli effetti più imme-

svincolare l'adozione in casi particolari dal rispetto di questi requisiti, consentendo sotto questo istituto l'adozione anche ai *single* e permettendo la conservazione dei rapporti con la famiglia d'origine<sup>34</sup>.

Alla luce di questi riferimenti, è più che legittimo chiedersi se la riserva formulata dal Governo italiano consenta di derogare a un requisito fondante il modello convenzionale di adozione quale la rottura dei rapporti con la famiglia di origine, proprio alla luce dell'impegno del nostro ordinamento a garantire il pieno rispetto dei presupposti dettati dalla Convenzione in relazione all'istituto dell'adozione piena. L'assenza di un apparato sanzionatorio a tutela dell'attuazione della Convenzione europea sull'adozione dei minori non può certo bastare a fugare le ragioni di tali dubbi, anche perché le sanzioni internazionali non richiedono, come quelle di diritto interno, un organo giudicante preposto al controllo, in quanto in esse gioca un ruolo centrale il concetto di autotutela, cioè la reazione individuale o collettiva degli Stati di fronte alla violazione di obblighi derivanti da norme internazionali<sup>35</sup>.

Dove, invece, nel contesto internazionale questa prospettiva di salvaguardia dei rapporti con la famiglia d'origine sembra trovare corrispondenza è nel modello di adozione affermatosi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in sede di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU<sup>36</sup>. Questo modello, che potremmo considerare frutto di concezioni distinte ma non contrapposte a quelle

---

diatamente dirompenti della disciplina uniforme”, giacché “un'applicazione integrale dell'accordo di Strasburgo ad entrambe le forme di adozione avrebbe irrimediabilmente alterato il già precario equilibrio del sistema”. Da una prospettiva diversa muoveva EBENE COBELLI, *La Convenzione di Strasburgo e la adozione nel diritto interno*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, 688 e ss., la quale, sulla base anche del dibattito parlamentare che precedette l'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica, sembrava auspicare la scelta – che poi il governo effettivamente prese – di avvalersi della facoltà di cui all'art. 24, allo scopo di preservare la distinta fisionomia dei due istituti (adozione speciale e adozione ordinaria).

<sup>34</sup> V. già i rilievi di SALANITRO, *Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica*, cit., 1527; ID., *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2021, II, 944 e ss., spec. 945-946. Sia consentito il riferimento anche al mio *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 466 e ss., spec. 480 e ss.

<sup>35</sup> Si potrebbero superare tali dubbi facendo leva sulla distinzione fra rapporti giuridici e rapporti sociali operata dalla giurisprudenza di merito per salvaguardare le relazioni affettive nell'adozione piena. Tuttavia, come evidenziato in precedenza nel testo, tale distinzione, non solo è estranea alla concezione di adozione che vigeva nel 1967, ma non è nemmeno stata accolta (anzi è stata esclusa pure la possibilità di esprimere riserva sul punto) dal riformatore convenzionale del 2008 (nonostante le molteplici e dirompenti innovazioni apportate rispetto al modello originario del '67).

<sup>36</sup> Orientamento che ha trovato la sua definizione nella nota pronuncia Corte EDU, 21 gennaio 2014, Zhou c. Italia, ric. n. 33733/11, in *Foro it.*, 2014, IV, 173 e ss., con nota di CASABURI. Tra le tante altre, v. Corte EDU, 23 giugno 2020, Omorefe v. Spain, ric. n. 69339/16; Corte EDU, 10 marzo 2020, Pedersen and others v. Norway, ric. 39710/15; Corte Edu, 10 settembre 2019, Strand Lobben and others v. Norway, ric. 37283/13, tutte in *www.hudoc.echr.coe.int*.

della Convenzione europea sull'adozione dei minori, si fonda, come noto, sull'idea che il rapporto con la famiglia d'origine debba essere innanzitutto favorito; anziché, se necessario aiutando la stessa ad affrontare le situazioni o i contesti di difficoltà in cui versò e, laddove non fosse possibile continuare a fare vivere il minore nella sua realtà familiare d'origine, che la prosecuzione di tale rapporto debba essere comunque assicurata, potendo essere interrotta solo in circostanze eccezionali debitamente comprovate dall'autorità procedente.

Tra questi due modelli si potrebbe ritenere prevalente il primo, in quanto disciplina speciale direttamente riconducibile alla volontà concorde degli Stati membri. Sarebbe tuttavia ingenuo sostenerlo fino in fondo, poiché (ma la sentenza che dà l'occasione a questo contributo già lo dimostra) l' incisivo apparato rimediabile che garantisce effettività alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo determina senza dubbio la prevalenza del modello di adozione elaborato dalla Corte EDU. Eppure, anche le perplessità che suscita nel merito la scelta di disattendere la soluzione accolta dalla Convenzione sull'adozione del '67, in assenza di controlimiti, in nome dell'interesse del minore, non sembrano da sottovalutare. Sarebbe forse più coerente (anche se più oneroso) prendere in considerazione la possibilità di applicare – dichiarando incostituzionale la lacuna sul punto dell'art. 27, co. 3, l. adoz. – la disciplina dell'adozione in casi particolari ogniquale volta l'interesse del minore richieda la conservazione dei rapporti con la famiglia di origine.

Detto ciò (e a riprova di come i modelli siano frutto di concenzioni distinte ma conciliabili), sarebbe fuorviante attribuire alla Corte di Strasburgo sempre e comunque l'intenzione di prediligere il mantenimento dei legami con la famiglia d'origine a scapito del bisogno del minore di crescere in un ambiente non conflittuale o ambiguo. Proprio di recente la Corte EDU, e con riferimento al nostro Paese, ha ritenuto legittima la misura dell'adozione piena con interruzione di ogni rapporto con la famiglia di origine in ragione anche dello stato di benessere in cui versavano i minori, i quali risultavano ben integrati nelle famiglie di accoglienza e non desideravano tornare a vivere con i genitori biologici, nonostante questi ultimi sostenessero che il rapporto con i minori fosse migliorato e che la dimensione domestica non risultasse (più) compromessa<sup>37</sup>. Quest'ultimo riferimento rende evidente la situazione di difficoltà (e di sofferenza) in cui possono trovarsi i minori posti di fronte a (o, meglio, contesi fra) due nuclei familiari distinti e, come osserveremo fra un momento, a volte contrapposti.

Sul piano delle risultanze delle scienze psicosociali, a fronte di una maggioranza di studi che evidenziano vantaggi e mostrano un minor tasso di problemi del comportamento associati all'adozione aperta, non mancano ricerche e opinioni di studiosi che indicano invece rischi riguardanti l'adattamento psico-sociale dei bambini/ragazzi adottati con questa formula: evidenze di segno opposto che, per quanto minoritarie (ma pur sempre frutto di studi empirici), inducono se non altro a non abbandonare un principio

<sup>37</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 12 febbraio 2019, ric. n. 63289/2017, Minervino e Trausi c. Italia, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

di cautela nell'approccio alla questione<sup>38</sup>. Dal punto di vista invece esclusivamente teorico, una parte della scienza psicosociale ha avviato riflessioni in merito a possibili difficoltà del minore adolescente (adottato con formula aperta) nella costruzione identitaria<sup>39</sup>.

Ma i rischi per la salute psicofisica dei minori adottati con formula aperta possono derivare anche dai conflitti – spesso destinati a sfociare nelle aule giudiziarie – tra genitori adottivi e parenti biologici. Da un canto i primi potrebbero decidere di interrompere ingiustificatamente la continuità dei rapporti o disattendere le indicazioni contenute nel decreto di adozione sulla loro prosecuzione (sulla cui attuazione vegliano comunque il pubblico ministero e i servizi sociali). In questo caso, tali relazioni sembrerebbero tutelate secondo le tecniche tipiche del diritto di famiglia, che potrebbe estendere anche alla fattispecie *de quo* la disciplina prevista in caso di interruzione ingiustificata del rapporto in contrasto con l'interesse del minore, ai sensi dell'art. 337-ter c.c., per effetto del quale il giudice, a tutela del diritto del figlio a “*conservare rapporti significativi*” con persone diverse dai genitori – comunque legate al minore da un vincolo parentale, da intendersi in senso ampio – “*adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa*”.

Mentre, nella prospettiva che considera la qualifica di “parenti” non operante nei confronti dei familiari biologici dopo l'emanazione del provvedimento di adozione, la tutela potrebbe essere fondata soltanto riconducendo l'interruzione dei rapporti, in quanto comportamento “comunque pregiudizievole per il minore”, alla disciplina dell'art. 333 c.c., che consente al giudice di adottare “i provvedimenti convenienti” nel caso concreto<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> In particolare sembra rilevante riportare una ricerca di BALENZANO, CASSIBBA, MORO, COSTANTINI, VERGATTI, GODELLI, *Forme di adozione, adattamento psicosociale e ri-strutturazione dei legami di attaccamento*, in *Rassegna di psicologia*, 2013, 35 e ss., circoscritta al contesto pugliese (dove, come noto, ha preso avvio il modello dell'adozione mite), i cui risultati ottenuti comparando adottati secondo la forma legittimante e adottati secondo la forma mite (quindi con continuità dei rapporti con la famiglia d'origine), ha riscontrato un maggior rischio di disadattamento e di insicurezza dell'attaccamento nei secondi. Risultati che, secondo gli stessi ricercatori, potrebbero essere riconducibili a eziologie diverse dalle caratteristiche delle due forme di adozione (come ad esempio percorsi di sviluppo più tortuosi e deficitari nei bambini poi adottati con l'adozione mite). Ma, anche a non attribuire *tout court* alle caratteristiche intrinseche dell'adozione mite il mancato recupero, nei bambini che l'hanno sperimentata, degli aspetti evolutivi considerati, resta il dato che la forma di adozione mite, “non raggiunga l'obiettivo di assicurare ai minori livelli soddisfacenti di adattamento psicosociale; allo stesso modo, non li aiuta a riorganizzare i propri modelli interni dell'attaccamento verso la sicurezza”.

<sup>39</sup> Si v. quanto riportato da CASONATO, *Adozione e mantenimento dei legami: una revisione della letteratura psicologica sull'adozione aperta*, in *Mingiust.*, 2014, 41 e ss., spec. 47, ove ampia letteratura anche straniera.

<sup>40</sup> Questo sembra essere il ragionamento implicito di MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semi-abbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali*, cit., 834, il quale, in caso di mancata adesione dei genitori adottivi al modello aperto di adozione, ritiene azionabile il rimedio dell'art. 333 c.c., che tuttavia considera debole. A parte i dubbi su una ricostruzione che esclude la qualifica di parenti ai familiari biologici, lo strumento dell'art. 333 c.c. non appare comunque debole, soprat-

Non può certo escludersi, tuttavia, che la rottura delle relazioni con la famiglia d'origine possa invece essere giustificata da abusi o forme (spesso anche inconsapevoli) di strumentalizzazione del minore da parte dei parenti biologici, a fronte delle quali i genitori adottivi potrebbero reagire – in quanto del resto unici esercenti la responsabilità genitoriale – interrompendo i rapporti<sup>41</sup>. Nondimeno, in questo caso, e al di là del grado di adesione del minore rispetto alla misura intrapresa, i genitori adottivi potrebbero trovarsi esposti non solo ai procedimenti di cui agli artt. 337-ter o 333 c.c., ma anche sottoposti alla vigilanza del giudice tutelare sul rispetto delle condizioni stabilite dal tribunale per l'esercizio della responsabilità genitoriale in applicazione dell'art. 337 c.c. Senza considerare, e non da meno, che il pubblico ministero o gli stessi parenti – almeno nella prospettiva che considera questa qualifica applicabile ai familiari biologici anche dopo l'emanazione del provvedimento di adozione –, potrebbero sempre agire ex art. 336 c.c. per “chiedere una limitazione della (nei casi più gravi una decadenza dalla) responsabilità genitoriale dei genitori adottivi”<sup>42</sup>.

Questi rischi non devono tuttavia scoraggiare in modo eccessivo gli interpreti e gli operatori dal sostenere e praticare l'adozione aperta, sia perché la pratica del diritto alla continuità affettiva applicato alle relazioni istaurate durante l'affidamento non sembra aver portato un aumento della conflittualità tale da mettere in dubbio la bontà del rimedio, sia perché l'esperienza comparatistica di quei Paesi in cui la *open adoption* è presente da decenni non ci restituisce un quadro di contrapposizioni esasperato. Piuttosto, considerato che l'adozione piena, al di là di quanto deciderà la Consulta nel caso in questione, sotto l'influenza della CEDU è inevitabilmente destinata ad essere rivista nel suo carattere rigidamente chiuso nei confronti della famiglia d'origine<sup>43</sup>, ci si può chiedere allora se non sia il caso di apportare qualche modifica alla disciplina attuale o di introdurre nuove regole, sul modello degli ordinamenti a noi tradizionalmente più vicini<sup>44</sup>.

---

tutto a seguito di Corte cost. 20 ottobre 2016, n. 225 (in *Giur. cost.*, 2016, 1782, con nota di ASTONE), potendo, ad esempio, ottenersi un provvedimento che determini tempi e modalità di visita dei minori.

<sup>41</sup> Già dalle sole (numerose) controversie sottoposte all'attenzione della Corte EDU, si può cogliere la difficoltà dei genitori o dei parenti di accettare in modo propositivo, senza animosità o rivendicazioni, misure così gravose e invasive della propria sfera personale e familiare come i provvedimenti di adozione nei confronti dei figli minori, con i quali condividono un legame biologico e con i quali spesso hanno vissuto per anni, fin dalla più tenera età.

<sup>42</sup> Cfr. LONG, *In morte dell'adozione?*, cit., 584, la quale ritiene ben possibile che si possa arrivare a chiedere “la decadenza dalla responsabilità genitoriale dei genitori adottivi, nel caso in cui, successivamente all'adozione, gli stessi pongano in essere una qualsiasi condotta pregiudizievole per la prole, ivi compreso il diniego di coltivare relazioni affettive per la stessa significative”.

<sup>43</sup> Questo riferimento all'adozione chiusa, come contrapposto al modello aperto di adozione (sia che abbia gli effetti dell'adozione piena sia quelli dell'adozione in casi particolari), si ritrova in RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021, v. ad es. 102.

<sup>44</sup> È pur vero che rispetto agli ex affidatari, come in precedenza ricordato, i tribunali hanno escluso la legittimazione attiva ad instare ai sensi degli artt. 333 e 336 c.c. per il mantenimento dei rapporti con il minore: tuttavia, lo stesso problema di strumentalizzazione e di conflitti esiste

## 5. Un confronto comparatistico. Il modello spagnolo del riformato art. 178, co. 4, *código civil*

È noto che nel contesto anglosassone, soprattutto statunitense, l'espressione *open adoption* si riferisce a quei percorsi adottivi in cui, in misura maggiore o minore, vengono mantenuti i rapporti sociali con la famiglia d'origine e, a volte, anche quelli giuridici<sup>45</sup>. In quegli ordinamenti, la possibilità di mantenere i contatti tra l'adottato e la famiglia biologica passa innanzitutto attraverso un accordo tra le famiglie, mediato anche dalle agenzie, che può anche essere seguito, ma essenzialmente in chiave di approvazione finale, da un intervento del giudice, secondo un modello molto distante dal nostro e quindi di difficile importazione (anche se non mancano esempi a livello europeo<sup>46</sup>).

Alla luce di questa premessa, risulta allora più interessante l'analisi del modello spagnolo, per come riformato dalla *Ley 26/2015*, denominata "*Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia*"<sup>47</sup>. La legge, tra le tante modifiche apportate alla disciplina dell'adozione, ha anche introdotto un nuovo comma (il quarto) all'articolo 178 del codice civile, prevedendo la possibilità che, nonostante la rottura dei legami giuridici, si possa mantenere un rapporto di fatto con la famiglia biologica dell'adottato. Tale contatto può assumere le forme di visite o comunicazioni tra il minore, i membri della famiglia d'origine e la famiglia adottiva, favorendo in particolare, ove possibile, il rapporto tra i fratelli biologici<sup>48</sup>.

---

anche nell'adozione in casi particolari, almeno in quella forma di adozione in casi particolari denominata *mite*, in cui non si registra nemmeno un aumento del contenzioso. Senza considerare che nell'adozione *mite* i genitori o i parenti biologici mantengono indubbiamente lo *status* di parenti, con tutto ciò che ne consegue in termini di possibilità di agire in via autonoma senza passare dalla valutazione del pubblico ministero.

<sup>45</sup> Nel contesto italiano tali istituti sono stati analizzati da LONG, *Open records e open adoptions: due proposte dagli Stati Uniti per la regolazione dei rapporti tra adottato, genitori adottivi e genitori biologici*, in *Mingiust.*, 2002, 101 e ss.; GENNI MILIOTTI, *I diritti degli adottati e l'open adoption, lo scenario Usa*, in *Mingiust.*, 2001, 120 e ss.; e da SCIANÒ, *Open adoption e ricerca delle proprie origini: un approccio open potrebbe non essere la soluzione*, in *Camm. dir.*, 2021, n. 3, 1 e ss., con specifico riferimento al contesto inglese, dove questo tipo di accordi hanno un contenuto attinente pressoché ai soli rapporti di fatto.

<sup>46</sup> Ad esempio l'ordinamento svizzero, lo rileva RUSCONI, *La continuità degli affetti nella disciplina dell'affidamento e dell'adozione. Significati, sistema e prospettive*, in *Jus*, 2021, 122 e ss.

<sup>47</sup> L'importanza della nuova disciplina spagnola dell'adozione, sembrerebbe anche in chiave di circolazione dei modelli, è già stata indicata da QUADRI, *op. cit.*, 12.

<sup>48</sup> "*Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.*

*En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministe-*



In questo senso, si può sostenere che l'introduzione dell'art. 178.4 ha inaugurato in Spagna il regime dell'adozione aperta che, in primo luogo, implica una maggiore definizione delle competenze dell'ente pubblico preposto alle adozioni (facente capo alle Comunità Autonome, come gran parte della disciplina, del resto), il quale deve consentire e promuovere tali contatti ogniqualvolta le circostanze lo rendano opportuno sulla base di una valutazione preventiva dell'interesse del minore.

Una volta ottenuta la valutazione favorevole dell'ente pubblico competente, occorre il consenso sia della famiglia adottante che del minore con sufficiente maturità o, in ogni caso, se ha più di 12 anni<sup>49</sup>. Successivamente, gli operatori dell'ente stabiliranno le misure più appropriate per implementare tale tipo di rapporti (non sono previsti riferimenti specifici sulle misure da adottare) e le sottoporranno al giudice, il quale assumerà le determinazioni in concreto più idonee.

Tale ampio grado di flessibilità consente di distinguere tra diversi livelli di intensità dei rapporti, che vanno da contatti minimi, in cui vi è solo uno scambio di corrispondenza, e-mail o fotografie, a frequentazioni strutturate e ricorrenti, in cui vengono organiz-

---

*rio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.*

*Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.*

*En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.”*

<sup>49</sup> Il requisito del consenso della famiglia adottiva e dell'adottato è particolarmente significativo, sia perché sembra assolvere in qualche misura il compito svolto dall'articolo 46 della nostra legge in materia di adozioni: ossia quello di evitare, per quanto contingentato nella sua portata dalla giurisprudenza più recente, un'interferenza indesiderata nel rapporto dei genitori con il figlio minore. Tuttavia, è importante notare che, secondo la legge spagnola (nello specifico, l'ultimo capoverso del comma 4), agli aspiranti genitori adottivi viene chiesto, già al momento della dichiarazione di idoneità all'adozione (cioè quando manifestano la loro disponibilità ad adottare un minore all'avvio della procedura), se sono disposti (ove poi scelti) a mantenere i rapporti con la famiglia d'origine. Se da un lato questo aspetto può essere funzionale perché misura fin dall'inizio la disponibilità dei futuri genitori adottivi a mantenere poi i rapporti con i parenti biologici del minore ed evita successivi imprevisti, dall'altro non è privo di insidie e fraintendimenti, come dimostrano gli studi condotti nel Regno Unito, dove ai futuri genitori adottivi viene pure chiesto di indicare fin dall'inizio la loro disponibilità a coltivare rapporti con i parenti del bambino ove venissero prescelti. In uno studio, una percentuale pur sempre contenuta di genitori adottivi ha dichiarato di aver optato per l'adozione aperta solo per paura di ridurre altrimenti le chance di essere scelti: v. BERRY, DYLLA, BARTH, NEEDELL, *The role of open adoption in the adjustment of adopted children and their families*, in *Children and Youth Service Review*, 2000, n. 20, 151 e ss.

zate telefonate o videochiamate, fino alla programmazione di un regime di visite regolari, sempre tramite la mediazione degli operatori dell'ente competente. Queste misure possono essere concordate, modificate o interrotte solo dal giudice, sulla base di una previa proposta in tal senso dell'ente pubblico o della procura (*Ministerio Fiscal*).

## 6. Conclusioni, ovvero una prospettiva da incoraggiare, ma non da asurgere a regola

Nell'ordinamento giuridico spagnolo vi era un'urgenza di introdurre questa figura che probabilmente non sussiste nel nostro ordinamento, dovuta anche al fatto che nel Paese iberico non si ritrova una distinzione di tipo tipologico tra adozione semplice e adozione piena – come invece avviene, ad esempio, nell'ordinamento francese –, sebbene siano previste eccezioni alla regola dell'estinzione di ogni rapporto tra l'adottato e la sua famiglia biologica (art. 178, co. 2, *código civil*).

Ciò posto, anche al di là di ciò che potrà decidere la Corte costituzionale, l'opportunità di riconoscere questa figura si profila pure per il nostro ordinamento, ed è dovuta soprattutto alla ricerca di alternative consapevoli, che permettano la stabilità familiare soprattutto dei minori più grandi, la cui adozione presenta maggiori difficoltà. Attraverso l'adozione aperta l'istituto adottivo viene reso più flessibile, consentendo al bambino di ricostruire una storia familiare senza lacune, non più composta da due nascite separate, come si usava artificiosamente ripetere, ma da un'unica nascita su cui si è innestata successivamente una diversa esperienza di crescita: tutelando soprattutto (se possibile) il rapporto con i fratelli e le sorelle, con i quali, in molti casi, il minore ha mantenuto un rapporto durante l'affido.

Si tratta di una soluzione di cui non vanno trascurati i limiti e le perplessità, evidenziati non solo dall'opinione di una parte degli esperti del settore, ma emergenti anche da alcune ricerche empiriche a cui si è fatto riferimento. Una soluzione i cui vantaggi si riducono (e viceversa sembrano aumentare i pregiudizi o, almeno, le incognite) quanto più piccolo è il bambino adottato. Gli adottati in tenera età, infatti, non serbando ricordi chiari e precisi della famiglia di origine, potrebbero non comprendere correttamente il senso dei contatti con la famiglia biologica, e finire con il percepirli come una minaccia alla stabilità del proprio “nuovo” (ma in quel caso forse sarebbe meglio definire “unico”) nucleo familiare<sup>50</sup>. Viceversa, negli adottati che abbiano superato la prima fase di vita, può essere penalizzante o quantomeno limitativo (ammesso che fosse possibile, visto che il giovane potrebbe essere in grado di continuare da solo la frequentazione) interrompere i rapporti con quei parenti con i quali ha trascorso anni, presumendo che non rivestano

<sup>50</sup> V. le riflessioni riportate da CASONATO, *op. cit.*, 47, sulla possibilità che l'adottato, non comprendendo prima degli otto anni la portata della propria storia, e quindi il significato dei contatti con la famiglia biologica, possa finire con il percepire come una minaccia tali frequentazioni.

più alcuna importanza per la sua crescita (in quanto *in toto* sostituiti dal nuovo nucleo familiare e parentale).

Né va trascurato che il modello dell'adozione aperta richiede, innanzitutto da parte delle famiglie, una non comune capacità di favorire la costruzione di sane relazioni, oltre che una disponibilità ai bisogni emotivi dell'altro niente affatto scontata. Senza contare il maggior carico di impegno che comporta per gli operatori di settore, le cui risorse umane e finanziarie sono, come noto, insufficienti. Ecco perché la soluzione di preservare i rapporti con la famiglia d'origine nell'adozione piena non è probabilmente ostacolata tanto dai limiti giuridici della nostra disciplina quanto dalla dimensione reale che essa sottende, alla luce della quale sembra da escludere che possa assurgere (almeno al momento) a regola<sup>51</sup>.

## ABSTRACT

È sottoposta all'attenzione del Giudice costituzionale la questione se nell'adozione piena il minore possa conservare i rapporti con la famiglia biologica. Secondo la Cassazione, espressasi con l'ordinanza n. 230/2023, l'art. 27, co. 3, l. n. 184/1983, ne impedirebbe inderogabilmente la prosecuzione, nella misura in cui dispone che con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine. Il contributo, nel condividere l'esigenza di assicurare tutela all'interesse del minore a non recidere rapporti significativi per la propria crescita – anche in chiave di conformità alle indicazioni della giurisprudenza CEDU –, solleva dubbi sull'impraticabilità di giungere a una soluzione diversa già *de iure condito*, attraverso la valorizzazione della regola posta dalla l. n. 173/2015 all'art. 4, co. 5-ter, l. n. 183/1984 (diritto alla continuità delle relazioni socio-affettive). Una prospettiva, quella dell'adozione aperta nell'adozione piena, da accogliere con favore, perché sostenuta dalla maggioranza delle ricerche in campo sociale, di cui però non vanno trascurati i limiti e le perplessità. La possibilità di ordine tecnico di garantire tutela al rapporto con la famiglia biologica non scioglie infatti tutti i dubbi intorno a tale soluzione, su cui incombe un sospetto di incompatibilità con la disciplina contenuta nella Convenzione europea sull'adozione dei minori del '67 nonché profili di rischio per la salute psicofisica dei minori derivanti dalla sovrapposizione dei ruoli nonché dall'accentuazione della conflittualità, rendendola una alternativa da impiegare con cautela laddove le circostanze lo richiedano e la dimensione reale ne supporti l'attuazione.

Before the Constitutional Court hangs the question whether in full adoption the child can maintain relationships with the biological family. According to the Supreme Court, in its Order No. 230/2023, Article 27(3) of Law No. 184/1983 prohibits without fail the continuation of the relationship between the adoptee and his or her biological family, in so far as it provides that with the adoption, the adoptee's relationship with his or her

<sup>51</sup> V., ancora e recentemente, nel campo della psicologia dell'adozione, le riflessioni di CHISTOLINI, *I rischi dell'adozione aperta*, in *www.vita.it*, 13 luglio 2023.

original family comes to an end. The paper, while agreeing with the need to ensure protection to the minor's interest in not severing relationships that are significant for his or her growth – in compliance also with the indications of the ECHR jurisprudence –, raises doubts on the impracticability of reaching a different solution already *de iure condito*, through the enhancement of the rule set by Law No 173/2015 in art. 4, para. 5-ter, Law No 183/1984 (right to continuity of socio-affective relationships). A perspective, that of open adoption in full adoption, to be welcomed, because it is supported by the majority of social research, whose limitations and perplexities, however, should not be overlooked. In fact, the technical possibility of guaranteeing protection for the relationship with the biological family does not dispel all the doubts surrounding this solution. There is a suspicion of incompatibility with the discipline contained in the 1967 European Convention on the Adoption of Children, as well as risk profiles for the psychophysical health of minors due to the overlapping of roles and the intensification of conflict. What makes it an alternative to be used with caution when circumstances require it and the practical dimension supports its implementation.



### L'umanesimo giuridico in un libro di Donato Carusi\*



Andrea Barenghi

1. Il libro sul quale la cortesia del prof. Claudio Scognamiglio ci ha oggi chiamati a discutere si pone in evidente continuità con la precedente produzione letteraria dell'A.: come nelle sue precedenti monografie e nei saggi che le hanno preparate e preannunciate si tratta di un lavoro che ruota, a me pare, quasi per intero attorno a un pensiero dominante e fondamentale, che è quello dell'uguaglianza, attorno a cui si svolge – sulla traccia del pensiero di scrittori alla cui lezione Carusi è molto legato – la meditazione dell'A., che si potrebbe appunto definire una proposta di umanesimo giuridico.

Il volume nasce da una molteplicità di motivazioni.

Storia della letteratura e ricostruzione del suo rilievo politico, esso costituisce anche una preziosa introduzione alle scienze giuridiche e una dimostrazione della necessità e del valore dell'educazione letteraria dei giuristi. Il lavoro è il frutto dell'insegnamento offerto dall'A. alle matricole della facoltà giuridica genovese, ed è rivolto ad avvicinare i non specialisti al diritto come prodotto storico e culturale.

Si tratta però altresì di un'introduzione alla 'grammatica' giuridica, e ai fondamenti stessi del discorso giuridico, e di una continua discussione dei 'valori' civili e della loro prospettiva 'universalistica': 'storia della letteratura', quindi, come rappresentazione delle «relazioni umane» in cui il diritto, «pratica ad alto grado di astrazione e formalizzazione», è chiamato a «mettere ordine» e i giuristi a una «disciplinata e funzionalizzata pratica dell'immaginazione» («tutt'altro che estranea» al lavoro che li attende).

2. Nella sua trama fittissima possono distinguersi diversi filoni, che si intrecciano tra loro: i tre capitoli, diciamo, di 'metodo', dedicati alle tematiche del movimento 'diritto e letteratura' (*law of literature, law as literature and law in literature*); la ricostruzione dei caratteri fondamentali della 'modernità' occidentale; l'introduzione al pensiero giuridico e

---

\* Si tratta dello schema di intervento predisposto per la presentazione del volume organizzata presso l'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata' nel quadro delle attività del Dottorato di ricerca in diritto e processo.

agli istituti, e qui si ritrovano davvero molti dei temi fondamentali del diritto moderno, privato e pubblico in una sintesi davvero mirabile.

Ma forse più importante è il metodo con cui questi temi vengono ‘pensati’ e ‘rappresentati’ attraverso una specifica contestualizzazione storica e culturale: alla nostra generazione, e all’ambiente da cui proviene C. in particolare, è stato insegnato dal principio che il diritto è un fatto politico, che si tratta di un fenomeno storico, che esso costituisce un prodotto culturale. Ebbene nel lavoro di C. queste qualità del diritto non vengono solamente evocate o enunciate o teorizzate.

Esse vengono espone in piena luce, si potrebbe dire sul tavolo settorio, dove ogni considerazione è funzionalizzata alla evocazione dei nessi quasi organici tra la vicenda storico-politica, la decisione giuridica e le parole della letteratura: nella configurazione di un istituto, nella sua vicenda storica, nella considerazione che la cultura senza aggettivi, sovente anticipando lo sviluppo politico e legislativo, ne offre, nelle sue motivazioni e nel suo rilievo politico. Si potrebbe anzi dire che il punto di incontro tra ‘diritto’ e ‘letteratura’ per l’A. va individuato proprio nel significato politico che l’una e l’altro di per sé assumono: la valenza politica della letteratura, dice l’A. citando Jean-Paul Sartre è un inoppugnabile dato di fatto, e da quel valore politico prende spunto anche la vicenda del diritto, la sua evoluzione.

**3.** Il volume muove dalla suggestione dell’aureo libretto dedicato nel 2007 da Alan Bennett all’ipotesi della ‘sovra lettrice’ (è la felice resa italiana del titolo molto inglese: ‘the Uncommon Reader’), indotta dal rapimento letterario a trascurare o a trasformare i doveri protocollari e infine ad abdicare, conquistando la libertà di divenire lei stessa autrice.

Il titolo riflette tuttavia anche un’altra suggestione, più specifica al discorso giuridico: la letteratura, «*termometro della sensibilità giuridica di un popolo*», «*segue il diritto nelle sue fasi*», cioè nella disciplina dei fatti reali che lo sviluppo della vicenda storica impone, e, allorché questo «*esita e temporeggia*», «*ne prepara l’evoluzione*» (così, nel 1936, un autore poco noto come Antonio D’Amato su *La letteratura e la vita del diritto*).

Ma la ‘maestà’ del titolo non è solo quella del sovrano politico (il re o il popolo) quanto, come l’A. ammonisce, anche la ‘maestà’ del soggetto che attraverso la letteratura entra in contatto con l’alterità, con la sfera delle uguali possibilità, con gli accidenti della storia, e quindi, in definitiva, con quelli che C. individua come fondamenti del principio di uguaglianza.

**4.** Si diceva dei capitoli dedicati al discorso, se si vuole metodico, su ‘diritto’ e ‘letteratura’: due di questi sono dedicati *ex professo* al problema del fondamento e al ‘*Law & Lit*’, movimento quest’ultimo che ha formalizzato nelle Università americane un approccio di ben più diffusa e risalente origine («*l’esperienza autocosciente di complesse e dinamiche relazioni tra cultura giuridica e creazione letteraria non è per nulla nuova*» avverte infatti l’A.) mentre un ulteriore capitolo si incentra su *Law of Literature* (e quindi sul problema del diritto d’autore, dallo statuto della regina Anna del 1710 fino alla Convenzione di Berna del 1886, e perciò anche sul ruolo sociale degli intellettuali).

Il primo di questi capitoli su 'Law & Lit' introduce la materia per fondare la necessità di una sovrapposizione tra studî letterari e studî giuridici nell'insegnamento universitario.

L'altro capitolo, per così dire, sul metodo è soprattutto dedicato al rapporto tra diritto e letteratura nel movimento del 'Law & Lit', alla sua importanza, ai suoi stili, alle articolazioni ideologiche, e qui l'A. in filigrana ripropone il problema cruciale dello statuto della scienza giuridica, del rapporto tra diritto e interpretazione, dell'autonomia dell'interprete e del ruolo dell'immaginazione nella decisione giuridica.

Le declinazioni del *Law as Literature*, del *Law in Literature* e del *Law of Literature* servono anche a collazionare le varie tendenze degli studî e i rapporti con gli altri movimenti della scienza giuridica d'Oltreoceano (*Law & Economics*, *Critical Legal Studies*, *Black Studies*, *Women's Studies*), fino ad approdare a Martha Nussbaum, al cui pensiero (ove «*la frequentazione della letteratura sembra essere la condizione stessa del ragionare in termini politici*») Carusi è molto legato, e nel cui approccio riconosce l'attitudine ad «*immergere nell'esperienza giuridica e nel dibattito politico statunitense elementi del personalismo delle Costituzioni europee*».

5. La ricostruzione profonda del percorso evolutivo del diritto e della letteratura nello sviluppo delle società europee moderne e contemporanee riprende come idea guida il passaggio dal reicentrismo all'antropocentrismo: la scoperta da parte del soggetto della propria individualità e storicità. È l'indagine di questo motore fondamentale della modernità che C. mette al centro della sua riflessione. Così nella religione la riforma, nell'economia lo sviluppo capitalista, nella letteratura la nascita del romanzo, nell'ordinamento politico la rottura del 'sistema dei vincoli' che nell'*ancien régime* tendevano in definitiva ad impedire lo sviluppo e lo stesso riconoscimento della persona e della sua individualità.

C. ricorda come secondo Fielding il romanzo avrebbe portato nella società uno sviluppo anarchico (e dato che i tempi della storia sono lunghi, chissà che non sia possibile un'indagine sul rapporto che con quella osservazione presentano talune derive anarcoidi delle società contemporanee). È qui che C. esplicita con chiarezza la sua prospettiva: l'idea 'morale' e 'giuridica' di uguaglianza è essa stessa il frutto dell'affermarsi del romanzo, in quanto frutto della diffusione della cultura e dell'alfabetizzazione di strati crescenti della popolazione, ma anche quale 'letteratura dell'individuo' che promuove quel 'sentimento delle analoghe possibilità' in cui appunto l'A. ravvisa il fondamento del principio di uguaglianza. Senza la circolazione culturale, e quindi dove difetti la libertà della ricerca e dell'insegnamento, l'autonomia del relativo ordinamento, e adeguati mezzi di sviluppo, non possono che tornare a crescere, come oggi si vede bene, le disuguaglianze.

Per l'A. il maggior merito della letteratura «*è forse proprio questo, di rivaleggiare con tutti i fattori mentali che si frappongono allo sviluppo delle persone*», «*ciò che la smania di potere dentro di noi e il potere reale intorno a noi avversano sistematicamente, la pratica e la fruizione letteraria valgono a implementare: la libertà del pensiero, il desiderio di conoscenza e di partecipazione, e insieme a questi l'immaginazione associativa – la facoltà di stabilire*

e argomentare ragioni di distinzione tra i simili, rapporti di eguaglianza tra i diversi», che dovrebbe essere, appunto, il mestiere del giurista.

6. Ma il libro non si limita a proporre innumerevoli collegamenti e fitte trame di riferimenti e tendenze, problemi interpretativi e teorici propri della scienza giuridica: vi campeggia infatti la rappresentazione di «tre secoli di letteratura» e di storia e dell'«entusiasmo e dello sconcerto di un'intera epoca» di fronte al forsennato sviluppo tecnico, economico e sociale e alle sue conseguenze sulla vita degli uomini (quelle sull'impatto della rivoluzione ferroviaria sono, ad es., tra le più divertenti pagine del volume).

Si tratta di un percorso serratissimo. Vi si incontra tra l'altro l'avvento del primo embrione di cultura di massa con l'affermarsi dei giornali e del romanzo, e il suo significato sociale e politico, rispetto al che l'A. registra le reazioni dei ceti dominanti ma anche della cultura 'alta' (si pensi ad es. all'attualità della protesta di Søren Kierkegaard sulla comunicazione di massa: «è l'intera forma di questa comunicazione ad essere, nella sua essenza, falsa»).

Sul piano giuridico i grandi passaggi della modernità si snodano nell'affermazione del principio di uguaglianza formale, nel tramonto del *droit coutumier*, nell'affermarsi del diritto borghese 'eguale', della piena capacità di agire dei soggetti, dell'unitarietà del diritto di proprietà (prima stratificato in una frammentazione paralizzante), e così, sul piano tecnico, dell'affermazione del principio di tipicità dei diritti reali, funzionale a «una società e un'economia dinamiche», della creazione di società anonime a partire dalle Compagnie delle Indie e dal privilegio degli *iura regalia* di cui erano dotate per favorire la nascente iniziativa capitalistica.

Ancora, nel volume si ritrovano i rapporti tra Francia e Germania nel '7-'800, il rinnovamento letterario e giuridico («le società ... si affrancano dall'autorità degli antichi, rivendicano nei loro confronti pari dignità e quindi titolo a scegliere per sé il diritto proprio»), i profondi sommovimenti culturali e il rapporto delle scuole giuridiche con romanticismo e illuminismo, il percorso verso la codificazione e l'unificazione tedesca. Sul piano letterario, l'Ottocento è innanzitutto il «secolo di Balzac», che forse più di ogni altro autore ha rappresentato la vita del diritto nella *Comédie humaine*, denunciandola e parodiandola, ma offrendo una rappresentazione precisa dei problemi dell'epoca (ne ha dato conto lo studio certosino di Giuseppe Guizzi nel 2021 scrivendo un altro straordinario contributo sui rapporti tra diritto e letteratura: *Il 'caso Balzac'. Storie di diritto e letteratura*). Poi, attraverso la letteratura 'realista' ottocentesca, la prospettiva della società di massa e lo sfruttamento dei ceti subalterni, con il prendere forma dell'autonomia del rapporto di lavoro e delle relazioni industriali, lentamente e faticosamente conseguita a partire da quel momento (ma mai acquisita definitivamente come la Storia si sta incaricando, mi pare, di dimostrare).

L'indagine di C. spazia nella delimitazione di aree tematiche diverse con una vastità che non può qui nemmeno menzionarsi. Nel «trattamento delle male piante» si indaga la devianza sociale a partire dall'*Inquisizione*; sui problemi della subalternità femminile («una stanza tutta per sé»), si muove dal XIV secolo per arrivare al problema dell'effettiva realizzazione della parità; e poi gli orrori del '900, con le dittature, l'interventismo e le



guerre («*fin de siècle*», «*verso la catastrofe*», «*un popolo di santi, navigatori e mescite*», «*il fuoco*», si tratta di passaggi da rileggere con attenzione oggi); le avanguardie, il crollo degli imperi, la crisi del soggetto cui «*l'unità di senso è ormai negata e non resta che costruire forme*» (per riprendere un'espressione di Natalino Irty citata nel testo) e quindi anche «*la perdita di unità della legge*» («*viaggio ai confini della notte*»); le migrazioni interne in Europa e l'emigrazione italiana («*gli indesiderati d'Europa*»); la contrapposizione dei blocchi, i guasti del capitalismo, la tragedia del socialismo reale, e il terrore atomico («*uscita di sicurezza*»); la resistenza, l'affermazione dei diritti umani, le Costituzioni democratiche, ma anche i movimenti artistici, e così l'arte per l'arte, il teatro dell'assurdo, l'*engagement* («*educazione europea*»); poi l'«*America*», per finire con le «*geografie del romanzo*», «*la letteratura contemporanea*» e il «*suo apporto all'internazionalismo*».

7. Si tratta in definitiva di un vero e proprio 'libro-mondo' in cui C. delinea, assieme al proprio percorso di ricerca e alle proprie inclinazioni intellettuali, il percorso faticoso nella storia moderna della letteratura e del diritto, ritrovandovi una comune radice nell'essere strumenti di autocoscienza e di emancipazione e di liberazione dell'uomo, di umanesimo e di democrazia, di uguaglianza.

È, quello compiuto dall'A., un esercizio raffinatissimo, che consente di attingere una profonda visione d'insieme dei meccanismi della letteratura e del diritto nella storia, e delle loro ramificate implicazioni politiche, tessendo poi una fitta trama di rimandi, resi possibili dalla presenza, da un canto, del diritto e dei giuristi nelle opere letterarie (e spesso nella formazione degli uomini di lettere), e d'altro canto della letteratura come oggetto di studio o come pratica collaterale o ancora come testimonianza dei fatti che richiedono di essere disciplinati (l'«*umanistica vicinanza alla cultura letteraria*» che l'A. scorge nell'opera dei giuristi colti) o denuncia dell'insufficiente o dell'inavvertita o forse anche dell'ingiusta (ma qui si aprirebbe un capitolo ancor più complicato) considerazione che la legge gli riserva: citando Pietro Rescigno, potrebbe in questo caso parlarsi della «*miseria del diritto*» e «*della pena del giurista che cerca di riscattarla*».

Forse si tratta anche di un libro pericoloso. Non solo il lettore è incoraggiato all'esercizio liberatorio del pensiero critico. Ma del diritto il lavoro di C. dice quasi tutto quel che c'è da sapere, mentre della letteratura dice quanto basta per sollecitare nuove letture e nuove ricerche: l'effetto potrebbe non limitarsi alla liberazione da quella certa «*certa limitatezza o aridità interiore*» derivante dalla «*dedizione e [dal] sacrificio di molte altre opportunità*» che richiede lo studio del diritto («*capirlo almeno un poco*» «*richiede pazienza*», «*padroneggiarlo a fondo*» «*esige dedizione e sacrificio di molte altre opportunità*»), ma anche aprire la mente del lettore a una curiosità destinata a rivelarsi insaziabile.





### Domande, riflessioni e suggestioni sparse a margine del volume di Donato Carusi



Lucia Bozzi

1. Inizierei con una premessa di carattere metodologico, che è insieme una dichiarazione auto assolutoria.

Si può presentare un libro in almeno due modi: tentare di illustrare il libro, quanto meno nei suoi snodi fondamentali, o tentare di raccontare le impressioni e svolgere gli spunti di riflessione che quel libro suscita in chi lo presenta. Io ho scelto questa seconda strada. Una scelta, come tutte le scelte, ovviamente discutibile, che vorrei però provare se non a giustificare quanto meno a spiegare. Il libro di Donato Carusi non è un libro, è tanti libri insieme. Mi sono resa conto che raccontarlo si sarebbe rivelato velleitario, almeno per le mie forze. Anche perché Donato Carusi, a mio avviso, non espone una tesi (cui si può aderire o non aderire, che si può confutare, o almeno tentare di confutare...), ma pone domande, suggerisce riflessioni, evoca suggestioni.

Prima di procedere, per quanto in modo estremamente disordinato a condividere domande, riflessioni, suggestioni, non mi posso tuttavia sottrarre a una sorta di elencazione per nulla esaustiva delle caratteristiche che il libro di Carusi a mio avviso presenta.

*“Sua Maestà legge?”* è un libro coraggioso e non convenzionale.

Coraggioso perché la scelta stessa del tema, tre secoli di potere, diritto e letteratura, così come indica il sottotitolo, è indice di coraggio.

Non convenzionale perché lo svolgimento è colto e problematico, non strizza l'occhio alla facile popolarità rifugiandosi in semplificazioni comode e inevitabilmente condivisibili ma non cede neanche alla lusinga della originalità artificiosa.

Per certi aspetti direi che è anche un libro quasi “speranzoso”, non pervaso da cinismo e neppure ammantato di pessimismo. Alla lucida analisi della deficienza della attuale cultura letteraria e giuridica, del degrado della capacità del legislatore, non segue una cupa rassegnazione ma, a mio avviso, una sottile speranza. In questa sottile speranza la fiducia nella letteratura - in quella che si potrebbe definire sua forza catartica - sembra giocare un ruolo niente affatto secondario.

È un libro che narra di tre secoli di potere, diritto e letteratura a tutto tondo, e che quindi non si ferma, si potrebbe dire quasi non si auto-confina all'analisi di testi che esprimono un legame evidente con il mondo del diritto, che poi è prevalentemente, iden-

tificato con il delitto e il processo penale che ne consegue. E devo confessare che questa è una caratteristica del libro di Donato Carusi che ho apprezzato molto.

Di solito, infatti, parlando di diritto e letteratura, il pensiero corre ad alcune opere (e solo a quelle...). Ne cito qualcuna, senza alcuna pretesa di completezza, direi anzi in modo quasi casuale. Il *mercante di Venezia*, per l'uso della dialettica e del formalismo giuridico (un uso elegante e spregiudicato, arguto e per certi aspetti quasi beffardo). Il *processo* di Kafka, i cui legami con il diritto non credo debbano essere spiegati. Il filone del giallo, spesso colpevolmente relegato nella letteratura di serie B e invece – penso per esempio a Simenon – talvolta espressione di letteratura di prim'ordine, di raffinata introspezione psicologica. E poi ancora Dickens, e le sue descrizioni fosche di debitori inadempienti e carceri; Dostojevsky, e la sua “ossessione” per il delitto, Dürrenmatt e la sua visione grottesca della giustizia... Il libro di Donato Carusi, come detto, non si ferma a questi testi ma esporta ed esplora il legame tra diritto e letteratura anche in testi che, apparentemente, con il diritto non c'entrano nulla. Apparentemente, perché se il diritto è un fenomeno umano, la sua non pertinenza, la sua estraneità rispetto a testi che comunque, si occupano di “umano”, è solo un limite dell'esploratore.

Un rilievo determinante nel libro di Donato Carusi direi che è rappresentato dallo sfondo: la storia. Non a caso un ruolo centrale nel libro è attribuito al romanzo, il genere letterario che, quanto meno a partire dall'800, più di altri racconta una storia che si svolge nella storia.

In questo senso direi che “*Sua maestà legge?*” è anche un libro di storia e quindi di storia del diritto. Per molte ragioni. Perché si svolge in senso cronologico e la ricostruzione storica è attenta, puntuale, precisa. Perché – e mi sembra che di questo il volume ne dia plastica evidenza – ragionare di diritto significa calarsi, immergersi nella storia: il diritto non è qualcosa di alieno dalla società. Il diritto vive nella storia e si innerva con la politica, con l'economia, con la letteratura.

Come dicevo, *Sua maestà legge?* è un libro che pone domande, suscita riflessioni, evoca suggestioni. Procederò per punti in quest'ordine, con inevitabili commistioni. Ogni domanda sottintende una riflessione ed evoca una suggestione. E ogni riflessione a sua volta nasce da domande e suggestioni e fa nascere domande e suggestioni, e così via in un “circuitto aperto”. Procederò inoltre in modo assolutamente disordinato e molto selettivo e personale, selettivo nel senso di selezionato da me, cioè rispondente, o meglio, più rispondente al mio gusto.

## 2. Allora, per cominciare, una domanda, forse banale, forse un po' provocatoria.

Law&Literature: non voglio riproporre il solito, o quanto meno prevedibile, quesito sulla sua qualificazione. Confesso subito che non so rispondere e, forse per trovare un alibi alla mia ignoranza e incapacità, mi chiedo se sia possibile fornire una unica risposta, esaustiva ed appagante. Carusi del resto ha dedicato ampio spazio alla questione e anche lui è giunto alla conclusione che il movimento non si lascia inquadrare con esattezza in una etichetta. Aggiungo a margine che è una conclusione che mi conforta molto, non solo perché in parte giustifica la mia insipienza, ma anche perché nutro una istintiva diffidenza verso le rigide “etichette culturali”.

Accantonando quindi per mia incapacità ogni discettazione di alto profilo sul significato, sulla natura e sulle possibili declinazioni del binomio Law&Literature, direi che certamente esso rappresenta quanto meno un indice di curiosità per percorsi del pensiero non preventivamente tracciati. E in questa prospettiva mi chiedo perché stupirsi del binomio e interrogarsi sulla legittimità del suo spazio nelle università, o meglio nelle facoltà giuridiche. Nessuno si stupisce che fra i giuristi vi siano non pochi cultori delle lettere (Satta, per esempio, ma si potrebbero fare molti altri nomi, come non manca di osservare Carusi “La storia della letteratura pullula di grandi autori che prima di essere tali furono avviati a studi giuridici, li affrontarono senza entusiasmo e in più di un caso li abbandonarono con vivo senso di liberazione”). Perché allora l’insegnamento del Law&Literature nelle facoltà giuridiche, anche se non eccentrico, si ritiene che debba essere comunque spiegato, se non giustificato? Una preparazione storica che non si accontenti di facili e stereotipate classificazioni, una solida cultura letteraria, una esplorazione della letteratura con l’occhio del giurista, oltre a rappresentare un segno di resistenza culturale alla dilagante barbarie della parcellizzazione dei saperi, potrebbero non solo migliorare il lessico dei giuristi (risultato già di per sé tutt’altro che disprezzabile), ma forse persino contribuire ad un esercizio dei diversi ruoli che il giurista è chiamato ad assolvere più consapevole e saggio. Senza contare che, come scrive Carusi “l’insegnamento di «Diritto e letteratura» varrebbe a preservare gli allievi delle facoltà giuridiche da certi rischi connaturali agli studi che si accingono a compiere e alle professioni che desiderano abbracciare, e in particolare a prevenirli dal diventare talmente bravi come professionisti del diritto da dimenticarsi di essere anche dei cittadini”.

**3.** E ancora, insieme, una riflessione e una domanda: il rapporto tra politico e giuridico. Io credo che la pretesa di rimuovere il politico dal giuridico sia piuttosto che sbagliata – non mi pare infatti questa la categoria concettuale più esatta in cui iscrivere la questione – piuttosto velleitaria, o forse, meglio ancora, mistificatrice. Che rappresenti insomma un *escamotage* per sottrarsi all’onere di scegliere e alla responsabilità della scelta. Nel libro di Donato Carusi questo problema emerge con chiarezza e la responsabilità del giurista è affermata e direi accettata.

In questa responsabilità mi chiedo quale ruolo abbia l’interpretazione. All’interpretazione, e in particolare all’interpretazione analogica, è dedicato nel libro uno spazio importante. Donato Carusi si sofferma sull’art. 12 delle Preleggi, sulle direttive impartite al giudice di interpretare il testo normativo secondo il significato proprio delle parole e secondo l’intenzione del legislatore. Queste ultime direttive sono di solito guardate con diffidenza e sufficienza. Tuttavia, superfluo sottolinearlo, sarebbe necessario confrontarsi con esse. Osserva Carusi che “Confinare l’atto di posizione della legge nella sacralità, in una sorta di inavvicinabile originarietà o di oscurità poco interessante ha lo stesso duplice ordine di conseguenze. Da un lato, gli operatori del diritto, e per loro tramite tutti i suoi *subiecti*, non sviluppano o perdono l’abitudine a controllare, discutere, criticare la formulazione della legge. Dall’altro, prende piede la tendenza – nel momento in cui ci si applica all’amministrazione della legge vigente – a centrare tutta l’attenzione sulle

pregresse interpretazioni dei giudici e della stessa dottrina, sulle loro tecniche e sui loro argomenti”.

Inoltre, aggiungo io, interrogarsi sulle intenzioni del legislatore, soprattutto nella interpretazione di norme di derivazione europea, potrebbe apparire finanche “sfidante”, per usare un termine di moda.

Nel libro di Donato Carusi è tuttavia dedicato ampio spazio anche all’art. 14 delle Preleggi, norma solitamente meno “attenzionata” se non addirittura trascurata. E proprio dalle pagine dedicate all’art. 14 emerge, a mio parere con particolare nitore, il “rilievo democratico” della legge e la (conseguente) diffidenza dell’autore per la giustizia del caso concreto, che è “una illusione metafisica”. Il caso singolo (procedo ovviamente in modo grossolano e con banalizzazioni estreme, con l’accetta potremmo dire), o meglio la sua stessa esigenza e preferibilità, certificherebbe il declino della legge, la morte della legge, che così come il contratto e la famiglia, dovrebbe infine anch’essa perire, travolta dalla inarrestabile marea della modernità.

Nel libro questa morte per sopravvenuta inutilità è criticata, e devo dire che anche io la guardo con un certo sospetto e quasi anche con timore. Credo anche io che si tratti di inutilità dichiarata nel migliore dei casi frettolosamente, dolosamente a volere essere maliziosi. Appare a questo punto quasi inevitabile chiedersi quale ruolo potrebbe avere l’art. 14 non nel risuscitare la legge (che come il contratto o la famiglia, non sembra affatto morta), ma nel dimostrarne l’attualità.

**4.** Tra le molte prospettive di interesse, tra i molti spunti di riflessione che il libro offre, vorrei poi brevemente soffermarmi sulla prospettiva femminile. E non per modaiole ragioni di “quote rosa”, ma perché ritengo si tratti di una prospettiva interessante e che Donato Carusi coglie con intelligenza e delicatezza. Già la copertina del libro è espressiva di una attenzione non di maniera al mondo femminile: una graziosa damina assorta nella lettura di un libro, non all’opre femminili intenta.

Devo confessare che del capitolo dedicato espressamente alla donna mi ha colpito in primo luogo il titolo: *Una stanza tutta per sé*. Un titolo a mio avviso molto evocativo.

Una stanza per sé è uno spazio proprio, all’interno di una casa. Una immagine che sottolinea la dimensione della condizione della donna nella letteratura e prima ancora (inevitabilmente) nella storia e nel diritto. Una dimensione a lungo relegata nella sfera dell’intimo, della casa, anche se poi talvolta dalla casa si proietta all’esterno. Il capitolo *Una stanza tutta per sé* si apre con l’evocazione del salotto di Anna Pavlova in *Guerra e pace*. Un salotto elegante, raffinato, dove una raffinata, intelligente padrona di casa tessava (tanto per richiamare un’opera femminile) relazioni sociali (e politiche). Il salotto è un luogo importante della letteratura (a lungo lo è stato, del resto, della società) – basti pensare, oltrechè al salotto di Anna Pavlova, al salotto dei Guermentes – ed è un luogo solitamente “governato” dalle donne. Ci si potrebbe chiedere se il luogo “salotto” è stato sostituito, non solo nella letteratura, e da cosa, ma il discorso ci porterebbe troppo in là. Quel che in questa sede vorrei però sottolineare è il ruolo politico-sociale della “stanza” e della sua padrona.

Ma una stanza tutta per sé significa anche (o almeno mi piace crederlo) una sorta di diritto ad avere uno spazio proprio, non necessariamente solo fisico, sia pure solo nella casa (almeno inizialmente...).

**4.1.** Nel romanzo moderno, che, come detto, racconta una storia che si svolge nella storia, espressione letteraria per molti aspetti tipica del mondo borghese, attento alla vita concreta, la donna non è solo una figura stilizzata, incarnazione un po' di maniera di vizi o virtù. Il romanzo dell'800 ci restituisce figure femminili complesse: Anna Karenina, ma anche Natascia, per rimanere a Tolstoj, Madame Bovary, senza contare le varie Moll Flanders, Pamela – che addirittura “intitolano” il romanzo – o Rebecca della *Fiera delle vanità*. Personaggi questi ultimi a mio avviso più stereotipati ma comunque espressivi del ruolo rivestito dalle donne all'interno di quella società, del loro posizionamento dinamico (sembra un ossimoro ma non lo è) all'interno di questa.

Semplificando al massimo e con qualche inevitabile approssimazione direi che volontà e desideri della donna sono recessivi rispetto all'interesse della propria famiglia e funzionali al miglior interesse (o, almeno, socialmente percepito come tale) di questa e della famiglia come istituzione, nonché, in generale alla salvaguardia dello *status quo* sociale. Gertrude, la “monaca di Monza” e Tony Buddenbrook, ma anche la Teresa de *I Vicerè* incarnano, con variabile drammaticità, tale ruolo.

Per usare un linguaggio giuridico potremmo dire che alle donne era riconosciuta capacità limitata. Donato Carusi parla di violenza dissimulata, di volontà piegata e annichita. Sono espressioni esatte, ma è possibile chiedersi se non ci sia qualcosa in più: non solo una volontà che si piega, ma una volontà che si adegua. Non è un grado minore di violenza, ma si tratta a mio avviso di un processo meno evidente, più strisciante e forse per questo anche più pericoloso. Il prezzo della ribellione, del resto, è altissimo, per Anna Karenina addirittura la morte.

Ma qualcosa si muove: la volontà della donna è sì recessiva ma comincia almeno ad essere percepita e raccontata, anche nei suoi risvolti drammatici, e, per lo meno dagli autori più raffinati (e “dotati”) senza intenti moralistici.

**4.2.** E poi c'è la letteratura scritta dalle donne: figure femminili, disegnate da donne, di grande interesse. Una tra tutte, Elizabeth Bennet di *Orgoglio e pregiudizio*. Una figura tratteggiata con grande finezza, per nulla stereotipata, una donna dalle molte sfaccettature e non un “tipo”. Elizabeth Bennet non è una eroina rivoluzionaria, non compie gesti sovversivi che minano l'ordine sociale, ma ha una propria autonomia di giudizio. Elizabeth si confronta con il padre e formalmente chiede il suo consenso alle nozze con Darcy, ma in realtà ha già deciso, da sola, in autonomia.

Anche Jane Eyre è una donna che compie autonomamente le proprie scelte, anche dolorose; è una donna che, sia pure per necessità, lavora e che, in una certa misura, è libera.

Mi piace, parlando di donne che lavorano, raccontate da donne, ricordare un classico della letteratura infantile, *Piccole donne*. Siamo al tempo della guerra di secessione americana e la madre della quattro ragazze March spinge le stesse a lavorare, a rendersi

autonome, per potere decidere liberamente il proprio destino, non necessariamente nel matrimonio. Lavorare quindi, non cercare e magari accettare per forza un marito, anzi forse lavorare proprio per questo. Un messaggio che la collocazione in un testo dedicato alla letteratura infantile, e quindi con intenti inevitabilmente anche pedagogici, rende a mio avviso particolarmente significativo.

L'intreccio tra condizione giuridica della donna e matrimonio appare a questo punto evidente e induce, quasi inevitabilmente, a chiedersi se non sarebbe possibile scrivere una storia della condizione giuridica della donna e del matrimonio proprio partendo dalla letteratura, pur nella consapevolezza che "ai fini della conoscenza del diritto la letteratura è una fonte per definizione insidiosa".

5. Infine, un'ultima suggestione che vorrei condividere: il ruolo della compassione e in generale delle emozioni. Nel libro di Carusi il tema è trattato con ampiezza e sensibilità, in modo colto e articolato; io mi limiterò a poche, brevi e disordinate considerazioni.

La nostra mentalità di giuristi resta in profondità segnata da un rigido dualismo: ragione, cui consegue ordine, da un lato; passione ed emozione, cui segue disordine, dall'altro. L'emozione è frequentemente derubricata a sentimentalismo, contrapposto alla sfera della razionalità, in cui invece il diritto sarebbe chiamato ad operare.

Buona parte della disciplina normativa è costruita intorno all'idea di un uomo libero, adulto, competente, razionale. È l'immagine suggerita dalle codificazioni moderne, almeno a partire dal code civil del 1804, ma anche dalla attuale disciplina consumeristica. Ed è una immagine molto rassicurante. Il fondamento emotivo dei comportamenti umani, forse in ragione della sua ontologica "ingovernabilità" genera invece timore, solitamente esorcizzato disconoscendo tale fondamento o, più frequentemente, come detto, derubricandolo.

Ma è un approccio riduttivo se non fallace. Le emozioni hanno un fondamento cognitivo e incidono sui caratteri degli ordinamenti e sul loro funzionamento.

E la letteratura – penso soprattutto al romanzo, il genere letterario che forse più di ogni altro ha scandagliato le emozioni (e non a caso il genere letterario che trova maggiore spazio nel libro che si presenta) – potrebbe avere un ruolo affatto secondario in questo processo di indagine e riconoscimento, e accettazione delle emozioni.

Instintivamente anche io diffido della diffidenza verso le emozioni. E dubito (e molto) della assoluta e geometrica razionalità di ogni scelta (anche nell'ambito giuridico). Quello che mi chiedo è cioè se ogni scelta, anche in ambito giuridico, non sia fondata su un insieme di valutazioni razionali e di emozioni, magari giustificate *ex post* con artifici razionali. Di emozioni nel migliore dei casi, non di rado di manipolazioni, magari occulte e inconsapevoli.

In questa prospettiva, mi interrogo sul ruolo delle emozioni nella direzione della giustizia e soprattutto sulla giustizia algoritmica. Forse il titolo di un altro libro (che ci auguriamo l'autore voglia scrivere) potrebbe essere anziché: *Sua maestà legge? Il robot legge?*





### *Lectrix in fabula\**

Maria Vita De Giorgi



Donato Carusi è per me “l’amico geniale”, un amico che vedo raramente, ma che sento familiare. Ancor più dopo aver letto la premessa di questo libro, che evoca un fiabesco borgo montano, *Klobenstein-Collalbo*, e l’affettuoso rapporto con la sorella<sup>1</sup>.

Negli anni ho immaginato Donato a Roma e a Genova, la città dei cantautori e del porto.

Quanti romanzi sul mare, i porti, le navi vero?

Donato ricorda un libro di Remarque, meno noto degli altri: *La notte di Lisbona*<sup>2</sup>. È ambientato nel 1942, un’epoca in cui dall’Europa – ce lo siamo dimenticati? – si fuggiva o si cercava di fuggire con ogni mezzo. Tanti piroscafi salpavano verso l’America, portando in salvo una folla di profughi inseguiti dal nazifascismo. Nel romanzo un esule assiste alle operazioni di carico di una nave ancorata sulle rive del Tago, non ha il biglietto, ma riesce fortunatamente a partire.

Tornando a oggi. Donato e io non ci vediamo dall’aprile 2017. Lo so con precisione perché in quella data – eravamo a Genova per un convegno di Giovanna Visintini – mi regalò il romanzo di una scrittrice islandese: “*Rosa candida*”<sup>3</sup>. Questa la storia: un ventiduenne lascia il paese, congedandosi dall’anziano padre e dal fratello disabile, per raggiungere un lontano monastero con un rinomato giardino che si è impegnato a riportare agli antichi fasti. Porta con sé il ricordo della madre scomparsa in un incidente stradale e i germogli di una rara specie di rosa. Alle spalle lascia una neonata, frutto del rapporto casuale con una ragazza. Raccontato così può sembrare un “romanzetto dei buoni sentimenti”, ma da questa interpretazione Donato ci mette in guardia, perché dietro l’appa-

---

\* È qui riprodotto l’Intervento che ha trovato occasione nell’incontro ideato da Claudio Scognamiglio per la presentazione del libro *Sua Maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura* di Donato Carusi, Leo S. Olschki, Firenze, 2022, Dipartimento di Giurisprudenza, dell’Università di Tor Vergata, *Dottorato di ricerca in diritto e tutela*, 16 marzo 2023.

<sup>1</sup> *Sua Maestà legge?*, XIII ss. In prosieguo la citazione del solo numero delle pagine si riferisce a questo libro.

<sup>2</sup> In *Sua Maestà legge?*, 367 ss. Il romanzo di REMARQUE è citato nell’edizione Neri Pozza, Milano, 2015.

<sup>3</sup> ÓLAFSDÓTTIR, *Rosa candida*, Torino, 2012.

renza c'è dell'altro: un senso profondo di rispetto per le persone e la meraviglia per la vita che si rinnova<sup>4</sup>.

La *Weltanschauung* di Donato si impone in tutto quello che scrive: il disordine naturale delle cose, il caos delle nostre vite. Così nel libro di cui parliamo oggi e negli altri, che costituiscono un'opera unica: *L'ordine naturale delle cose e Che farò quando tutto brucia, una lettura politico-giuridica di Antonio Lobo-Antunes*<sup>5</sup>.

Un'impostazione che condivido: non esiste un ordine stabilito dai diritti naturali, i diritti naturali, (non ricordo chi lo ha detto) "ogni messa e ogni guerra ne forniscono di nuovi" e sono stati, sono, armi pericolose nelle lotte per il potere. D'altra parte, lo scoprire il disordine del mondo muovendo da un'aspirazione all'ordine è esperienza quotidiana del giurista<sup>6</sup>.

Se il diritto tende all'ordine la compassione tende al disordine, ma è proprio la compassione a salvarci: emozione centrale nella vita delle pubbliche istituzioni, questo sentimento è il vero collante della società scrive Donato citando Martha Nussbaum. Occorre coltivare la compassione per avversare la fame la solitudine, il degrado sociale<sup>7</sup>.

E tuttavia: *Mitleid bekommt man geschenkt, Neid muss man sich verdienen*<sup>8</sup>, così suona un aforisma che mi piace molto:

Come lettrice confesso la mia invidia nei confronti di Donato, per lo stile letterario elegantissimo. Per la cultura nutrita di passione, il cesello delle parole.

Poi ovviamente provo vergogna dell'invidia, la vergogna è un sentimento su cui Donato si sofferma a lungo in pagine di struggente profondità<sup>9</sup>. E se al mio posto vi fosse la famosa Martha Nussbaum potrebbe calamitarvi con discorsi ammaliati, che propongo di guardare alle capacità fondamentali da riconoscere a ogni donna e uomo per permettere una vita davvero umana, stilando una lista di queste capacità.

Leggere accresce sicuramente le fondamentali capacità umane.

Umani si diventa, l'umanità è un tirocinio di esito incerto<sup>10</sup> e poiché al tirocinio concorre non poco la letteratura, proporre ai giovani buone letture è lodevole iniziativa.

Io penso che questo sia l'esito felice del libro: offrire agli studenti affascinanti letture, che non avrebbero, per la maggior parte, mai fatto. E mi piacerebbe che Donato ci dicesse come gli studenti reagiscono a queste letture.

---

<sup>4</sup> P. 158 s.

<sup>5</sup> *L'ordine naturale delle cose*, Giappichelli, Torino, 2010; *Che farò quando tutto brucia, una lettura politico-giuridica di Antonio Lobo-Antunes*, Pisa, 2019.

<sup>6</sup> FORTI, *Uno sguardo dal 'ponte'. I turbamenti del giovane Törless tra letteratura e diritto*, in *Giustizia e letteratura*, I, a cura di FORTI, MAZZUCATO, VISCONTI, Milano, 2012, 214.

<sup>7</sup> P. 352 ss.

<sup>8</sup> Aforisma del giornalista Robert Erich Lembke (1913-1989).

<sup>9</sup> P. 344 ss.

<sup>10</sup> Così STARNONE, *L'umanità è un tirocinio*, Torino, 2023.

Ma di lettori/lettrici questo libro ne avrà tanti. Con quali caratteristiche? Henry Fielding a inizio Settecento<sup>11</sup> – perciò ben prima di Eco<sup>12</sup> – si chiedeva: “lettore ci è impossibile sapere che qualità di lettore tu sia...”; impartendo alcuni consigli: non essere troppo critico, non condannare incidenti della storia, non scoprire troppe simiglianze tra i personaggi, non giudicare i personaggi come cattivi ecc.

Io non sono la lettrice modello auspicata da Eco, quella che “aiuta a far funzionare il testo”, sono una lettrice furiosa, salto le pagine, voglio subito capire la fine e il significato.

E quanti libri ho letto in treno, che oltre a essere frequente ambientazione di racconti si presta così bene alla lettura; mi ha molto colpito che negli anni 1840-1860, in Inghilterra, sia stato istituito un sistema di prestito ai viaggiatori che potevano restituire i libri all’arrivo<sup>13</sup>.

In “Sua Maestà legge?” ho ritrovato molti romanzi che avevo letto nell’adattamento per ragazzi, di alcuni mi è venuta voglia di cercare la versione originaria. “La piccola Dorrit” di Dickens, ad esempio, di cui certo ricordavo il carcere per debiti, ma non tutta la complicata vicenda<sup>14</sup>.

Di Dostoevskij non c’è una versione per bambini. Donato riporta la famosa lettera al fratello in cui, prima di partire per i lavori forzati, Dostoevskij scrive della condanna a morte, poi condonata un’istante prima dell’esecuzione, e del suo stato d’animo nell’attesa<sup>15</sup>. Esperienza che è trasferita nell’Idiota, dove sin dalle primissime pagine la pena di morte è tra gli argomenti preferiti del principe Myškin.

Nell’inverno tra il 1862 e il 1863 Dostoevskij venne in Europa, di quel viaggio possiamo leggere una impietosa immagine del modello borghese in cui scorgeva diffuso malcontento, povertà e dissolutezza dietro l’ordine apparente e le luci della città<sup>16</sup>. Si dice che abbia incontrato Dickens ma forse è una falsa notizia.

Io Dostoevskij lo lessi da adolescente, adesso fatico a rileggerlo e mi vien quasi da concordare con Nabokov, che gli rimprovera “la mancanza di gusto e ironia, il monotono ripetersi di situazioni simili, di trucchetti e stratagemmi triti, di procedimenti prevedibili da racconto poliziesco...”<sup>17</sup>.

A proposito della letteratura russa mi piace citare Paolo Nori, un autore della mia regione, che di recente ha pubblicato una biografia di Dostoevskij<sup>18</sup>. A una intervistatrice che giorni fa gli chiedeva, un po’ ingenuamente, se avrebbe scritto anche una biografia di

<sup>11</sup> Citato in *Sua Maestà legge?*, 36 s.

<sup>12</sup> Lector in fabula. *La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, un’opera celebre, pubblicata in una miriade di edizioni, la prima, Milano, 1979.

<sup>13</sup> *Sua Maestà legge?*, 101.

<sup>14</sup> V. le pagine riportate in *Sua Maestà legge?*, 93 ss.

<sup>15</sup> P. 134 ss.

<sup>16</sup> DOSTOEVSKIJ, *Note invernali su impressioni estive*, ed. it., Milano, 2020.

<sup>17</sup> Ovviamente la diffusa critica di Nabokov è piacevolmente ironica: NABOKOV, *Lezioni di letteratura russa*, ed. it., a cura di DE LOTTO e ZINATO, 2021, 136 ss.

<sup>18</sup> NORI, *Sanguina ancora. L’incredibile vita di Fedor M. Dostoevskij*, Milano, 2021.

Putin ha risposto: “No, io mi occupo di letteratura. La letteratura è più forte di qualsiasi dittatura”.

Donato, nel suo libro, cita molta recente letteratura americana. Di Philip Roth ricorda “Pastorale americana” (1997), un romanzo che mette in luce il declino del sogno sociale. Il cui protagonista, “lo Svedese”, fa parte del nostro paesaggio mentale<sup>19</sup>.

Tra i molti autori tedeschi ricorda<sup>20</sup> Bernhard Schlink, l'autore del famoso *Der Vorleser* (1995), tradotto da noi “A voce alta”, alimentato dalle memorie del nazismo.

“Diritto e letteratura” è un movimento coltivato anche in Germania: Bodo Pieroth, un professore di Münster, vi si è dedicato in ben quattro volumi. Ha anche un “sito internet” su cui tiene lezioni in argomento.<sup>21</sup>

Mi piace particolarmente citare *Giustizia e letteratura*, di Jacques Vergès<sup>22</sup>, in cui il famoso avvocato ripercorre celebri casi giudiziari del mito, della letteratura, della storia, della politica e della cronaca: Antigone, Barbablù, Giovanna d'Arco, Luigi XVI, Raskòlnikov, Violette Nozière ecc.

Vergès è un personaggio romanzesco difensore di terroristi degli anni Settanta e di qualche dittatore sanguinario. Noto soprattutto come l'avvocato che difese Klaus Barbie, soprannominato il Boia di Lione, al processo che si tenne nel 1987, dopo una lunga fuga di Barbie nei paesi dell'America latina.

Emmanuel Carrère alla fine del resoconto sul maxiprocesso per la strage del Bataclan del 13 novembre 2015<sup>23</sup>, facendo una sorta di paragone scrive: “A Lione, come oggi a Parigi, la messa in scena era grandiosa. Si era voluto fare di quel processo un processo esemplare di fronte alla Storia. Tranne che c'era Vergès, che usò tutto il suo talento per declinare in ogni modo possibile: non riconosco la vostra giustizia perché la Gestapo ha torturato in Francia, d'accordo, ma la Francia ha torturato in Algeria e nessuno pensa a processarla. E non venite a dirmi che non c'entra nulla, non è vero. Ognuno faccia pulizia prima a casa propria”.

Vergès usava la storia, la politica e anche il dogma dei diritti umani, per riconfigurare a modo suo, la nozione di giustizia.

Torniamo al libro di Donato, che nella parte finale ripercorre i decenni più recenti, sempre intessuti di eventi drammatici. Tra questi menziona la strage della stazione di Bologna: 2 agosto 1980, ore 10,25.

Il giorno dopo Piazza Maggiore era sconvolta e affollata. Io c'ero in quella piazza.

---

<sup>19</sup> *Pastorale americana*, ed it., Torino, 2005, alcune pagine sono riportate in *Sua Maestà legge?*, 327 ss.

<sup>20</sup> P. 308.

<sup>21</sup> *Recht und Literatur, Von Friedrich Schiller bis Martin Walser*, 2015 e a seguire *Recht und amerikanische Literatur, Von James Fenimore Cooper bis Susan Glaspell; Recht und britische Literatur, Von William Shakespeare bis George Orwell*, 2017; *Recht und französische Literatur, Von Jean de la Fontaine bis Albert Camus*, tutti pubblicati con C.H. Beck, München.

<sup>22</sup> Ed. it. *Giustizia e letteratura*, Macerata, 2012.

<sup>23</sup> Ed. it. *V13, Cronaca giudiziaria*, Milano, 2023, 98 s.

“Perché non succeda mai più”: l’abbiamo sentito belare tante volte. Poi cominciò il processo, che non ha ancora un epilogo a quarantatré anni di distanza<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> I libri sul tema sono tanti, v., per il momento da ultimo, MORANDO, *La strage di Bologna, Bellini, i NAR, i mandanti e un periodo tradito*, Milano, 2023.





### Letteraria terapia: divagando con Donato

Pasquale Femia



**SOMMARIO:** **1.** Quattro giuristi scrittori con la C. – **2.** Lettore modello, giurista inquieto. Diritto e disgusto. – **3.** Esperienze ferroviarie. Leggere Kelsen in treno, seguire Jhering sui treni. – **4.** Philip Roth, ovvero della necessità di capire male. Far sentire al diritto la vergogna, lasciar parlare la pietà: Ugo Betti, *Frana allo Scalo Nord*. – **5.** «Conservare il senso della complessità». Lacrimare diritto, accettare che la risposta non sia semplice. – **6.** Il diritto spocchioso. Compresenza della contraddizione, «formazione di compromesso». La letteratura come uscita di sicurezza del diritto. – **7. Flaubert 1.** Il censore della letteratura: Ernest Pinard e l'*annus horribilis* 1857. Flaubert studia il possesso dello sbadiglio a titolo oneroso. Il processo a *Madame Bovary* e il resistibile fascino dei critici per l'ermeneutica del censore. – **8. Flaubert 2.** La sentenza: una condanna che assolve, e viceversa. Frammento di raccontino horror: *Flaubert all'abilitazione scientifica nazionale*. Morale della storia: il testo giuridico è ciò che agisce, salvate il diritto, non amate i censori. – **9. Flaubert 3.** Fenomenologia del giurista tutto d'un pezzo, e del suo diritto. Pinard racconta il processo a Flaubert e fa pasticci, a suo favore. – **10. Flaubert 4.** Pinard pornografo maldestro? Flaubert inveisce contro i magistrati. Il conflitto tragico di due discorsi che, sussumendosi a vicenda, vicendevolmente si ignorano. – **11. Flaubert 5.** Il maschilismo giuridico di Pinard vuol fare piegare la testa a *Madame Bovary*. Si censura, ma non si pente. Letteratura come *educazione a considerare una pluralità inconciliabile di funzioni regolative*. – **12.** La necessità dell'infinito. Terapia dello scandalo: uomini del dover essere di un essere che di spocchia si sfarina.

## 1. Quattro giuristi scrittori con la C

Nel suo bel libro<sup>1</sup> Donato Carusi ricorda spesso quanti studenti di giurisprudenza sono stati scrittori. Conosciamo tutti il senso di incompiutezza, l'infelicità che da giovani ci assaliva e ancora, pur nella povertà spirituale dell'indurimento professionale, talvolta ci assale, mentre studiamo diritto (chi dice il contrario mente e se non mente c'è da scappare).

Sono molti i dottori in giurisprudenza diventati artisti, non altrettanti i professori di diritto diventati scrittori. Nell'area italiana possiamo immediatamente pensare a Salvatore Satta; cui aggiungerei subito tre nomi che iniziano con la lettera C: tre e non quattro, perché, per ragioni di scarsa simpatia personale (istintiva, che non voglio argomentare, aliena da ogni giudizio critico), non inserisco nella corona delle *c* scrittorie il nome di Francesco Carnelutti, colui che ha provato a far tutto, persino il moralista pensoso e lo scrittore. Allora, ecco le tre *c*: Franco *Cordero*, che viene ricordato da Donato; Piero *Calamandrei*, pure ricordato; e... Donato *Carusi*, che aggiungo io qui. Non lo faccio "per conquistarmi la pagnotta"; siamo amici da molto tempo, ho avuto la fortuna di partecipare anni addietro ad una presentazione anche di un precedente libro, prima ricordato da Andrea Barengni: "*L'ordine naturale delle cose*"<sup>2</sup> e non dimenticherò mai il fascino di ascoltarlo parlare della cultura letteraria lusitana, pochi giorni prima di quella presentazione, in un solitario caffè romano<sup>3</sup>. Tra quel libro e questo, trovo evidente, tra i tanti elementi interessanti, un notevole arricchimento della dimensione stilistica. Se posso improvvisarmi per un istante critico, e quindi anche profeta, penso che Donato sia veramente ad un passo dalla forma letteraria autonoma e, ricordando l'invidia della quale amichevolmente diceva prima la collega Maria Vita, sì, confesso: anch'io invidio molto lo stile di Donato, perché in questo libro ha fatto un salto. Qui l'unità di forma e contenuto è davvero fuori dal comune. Ho detto che gli sono amico, ma non lo dico per amicizia, ci credo profondamente.

## 2. Lettore modello, giurista inquieto. Diritto e disgusto

Detto dell'immenso valore di stile e contenuto, chiediamoci adesso quali possano essere le radici del volume. Donato lo ricorda esplicitamente poco dopo l'inizio, ma a chiunque legga, sin dalle prime battute, viene in mente *Persona e comunità* di Pietro Rescigno<sup>4</sup>. Basta pensare a come è organizzata la bibliografia al termine di ciascun capi-

<sup>1</sup> CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022.

<sup>2</sup> CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011.

<sup>3</sup> E non va dimenticato, tra quel libro e questo, anche il delizioso CARUSI, *Che farò quando tutto brucia? Una lettura politico-giuridica di António Lobo Antunes*, Pisa, 2019.

<sup>4</sup> RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966 (è l'edizione presso il Mulino, ne seguirà una a distanza di anni presso Cedam, estesa in più volumi).



tolo, modellata sull'esempio del Maestro. In più punti si assiste ad uno sviluppo in senso artistico di modalità che erano *in nuce* tanto in *Persona e Comunità* quanto in altri saggi.

Individuata la radice, chiediamoci quale sia il lettore modello che l'autore prefigura nelle sue pagine. Wolfgang Iser<sup>5</sup>, studioso di teoria letteraria, invita a considerare il lettore ideale, il destinatario primario del testo, colui al quale l'autore silenziosamente, tra tutti, *parla*. Il nostro autore esordisce informando che questo libro raccoglie la traccia dei corsi di diritto e letteratura tenuti presso l'Università di Genova: il lettore ideale, il lettore modello, dovrebbe quindi essere uno studente che frequenta i suoi corsi. Sicuramente lo studente ha moltissimo da imparare da questo libro. Aggiungerei però un secondo lettore-modello, cui forse ancora più gioverà questo tipo di approccio: penso al *giurista inquieto*, e non nel senso di colui che assuma cartacee pose esistenzialistiche (andavano fin troppo in voga nei civilisti italiani, e non solo, intorno agli anni Sessanta dello scorso secolo), ma a chiunque non si lasci uccidere dall'ipocrisia categoriale nella quale vive ogni ordinamento giuridico, quella noiosa sconcia solfa della completezza (*"non avrai altro diritto all'infuori di me"*), della coerenza (*"qui tutto funziona, è perfetto; e se non te ne accorgi l'imperfetto sei tu"*), quella canzoncina sciocca del proclamare con la propria stessa esistenza, col paradosso ontologico dell'essere il dover essere, che tutti, in questo fazzoletto di mondo, viviamo immersi nel migliore dei mondi normativi possibili. Vorrei davvero sentirlo parlare, questo Ordinamento Giuridico antropomorfo, questo mostruoso soggetto costituito di discorsi, e confessarmi: *"faccio schifo, sono un ammasso di vanaglorie di potere affacciate al balcone della storia, al teatro delle norme: ne strombetto, tutto illuso di proclamare l'ottimo compimento"*. Ed ancora: *"sono perennemente il campo di battaglia di una guerra che non vincerà mai nessuno – e guardati da chi dice di essere un battito di ciglia della Storia – in nome della relatività non molleranno mai la presa della violenza categoriale"*.

Il lettore modello di queste pagine è *l'inquieto per sincerità*; è ogni giurista cui gli scampoli di diritto, che per qualsivoglia ragione debba amministrare, provochino nausea ricorrenti. Nausea che lo conducono verso la muta infezione della infelicità: *agire un diritto* povero di cultura, forzato da politicanti – ignoranza e cinismo dei quali generano incontenibile disgusto – un diritto sovente tanto ottuso quanto stupidamente reattivo, semplicistico, inadeguato alla complessità del reale che ci presenta ovunque la sua asprezza. Infelicità, nausea, disgusto: questa la via che silenziosamente porta il giurista inquieto *giuridicamente fuori dal diritto*, ovvero a cambiare il modo di studiare il diritto, a rivolgerci ad altre forme espressive.

<sup>5</sup> ISER, *L'atto della lettura. Una teoria della risposta estetica* (1978), trad. it., Bologna, 1987.

### 3. Esperienze ferroviarie. Leggere Kelsen in treno, seguire Jhering sui treni

Mi unisco quindi molto volentieri al coro degli elogi di questo lieto pomeriggio. Il libro ripercorre tre secoli e – le pagine non sono poche e gli argomenti sono tanti – sarebbe follia provare a sintetizzare qui. È un lavoro non limitato all’universo letterario, ma attento ai fenomeni ideologici e sociali. Prendiamo soltanto qualche spunto, come è consueto fare in tali occasioni.

Il primo spunto è stato evocato già in una relazione precedente: le ferrovie. Le ferrovie, lo sappiamo, sono sempre molto congeniali ai professori. Abbiamo tutti le nostre letture da treno. Ricordo bene – mi permetterete i soliti intermezzi autobiografici – una conversazione con il mio prof., nelle prime settimane di volontariato accanto a Lui. Avevo appena cominciato a pendolare verso il Goethe Institut di Napoli, il primo atto con il quale confessai a me stesso il desiderio di gettarmi nel lavoro accademico – uscita di sicurezza (molto putativa) dallo squallore delle carriere oscene da maschio-fai-soldi-fatti-rispettare: purtroppo quei maschi (e femmine) c’erano anche in accademia, sovente velati di garbatissimo ma non meno squallido squallore... ma che fa, bisogna pur sopravvivere in mezzo a lupe e lupi.

Pendolavo, soprattutto i primi tempi, in treno. Il prof., divertito del racconto dei viaggetti germanofili del pomeriggio e delle letture di accompagnamento, chiese:

“Femia, e quali sono queste tue letture-da-treno?”

“Prof., porto con me i *Lineamenti* della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen”.

“(Questo è pazzo)” – diceva il silenzio dei suoi occhi interrogativi.

Ma tutti potrete riconoscere che c’era del metodo nella mia follia: i *Lineamenti* kelseniani (oggi preferirei leggere l’*Enciclopedia oscura del ragionevole busillo ipotecario* piuttosto che sfogliarli ancora), i primi, quelli del 1934, presentavano l’indubbia comodità del piccolo formato – leggevo nella edizione della “Piccola Biblioteca Einaudi” – ed entravano, agevoli e leggeri come un rasoio di pietra, nella cartellina dei compiti di cartoncino azzurro che portavo con me.

Io e Donato abbiamo, almeno intorno ai binari, una lettura in comune: Wolfgang Schivelbusch, autore della *Storia dei viaggi in ferrovia*<sup>6</sup>. Egli ricorda questo libro in pagine deliziose sul senso della ferrovia<sup>7</sup>; io l’ho incrociato per un’altra ragione, legata agli studi su Rudolf von Jhering. Questo mito di noi giuristi ha redatto più di un parere di diritto ferroviario. Le ferrovie sono state il più grande affare capitalistico dell’Ottocento; tanti soldi, tante delusioni, tanti avvocati. E tanti pareri di professori. Ma a nessuna delle bolle speculative che su quelle strade ferrate scoppiettavano è mai riuscito di cancellare il viag-

<sup>6</sup> SCHIVELBUSCH, *Storia dei viaggi in ferrovia* (1988), Torino, 2003; D. CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., 105.

<sup>7</sup> CARUSI, *o.u.c.*, 97 ss.

gio come esperienza. Lavorando, allora, in particolare intorno ad un parere jheringhiano su di una ferrovia in Svizzera, ho incrociato il libro di Schivelbusch; e mentre scrivevo, finivo per distrarmi, perso nel leggerne le storie, un fascino che rapisce; e ho iniziato a divagare sulla storia delle ferrovie svizzere e... ho dovuto tagliare troppe e troppe pagine già scritte. Per fortuna non le leggerà nessuno.

Heinrich Heine<sup>8</sup>, anche lui dottore in Giurisprudenza, nulla fece di questa scienza, della «sofisteria avvocatesca e cavillosità»<sup>9</sup>. Egli scorge nelle strade ferrate il luogo nel quale lo spazio si consuma e non ci resta che il tempo, ogni città è ridotta al tempo necessario per raggiungerla<sup>10</sup>. Ciò muta l'esperienza, il modo di vivere e raccontare i luoghi. E questa vita produce rischi e reclama regole: ecco che il racconto si fa bisogno normativo, perché ogni rivoluzione tecnologica produce regole. Tra queste regole un posto privilegiato ebbe la questione giuridica della sorte degli investitori: furbastri o fiduciosi che fossero (tutti coloro che affidano soldi ad un capitalista lo sono, furbastri e creduloni, per lo più contemporaneamente), troppe volte andavano in fumo le loro speranze e pure il capitale. «*Che facciamo, avvocato?*» – «*Boh, qui ci vuole un professore*». Beh, questa risposta è soltanto roba del passato: oggi nessun giudice guarderebbe ad un professore con l'animo da scolarretto che spera di cavare un diciottino alla scienza (ed invece il professore rischia di essere guardato come colpevole di nefanda baronia fino a prova contraria). Nell'Ottocento, soprattutto nell'Ottocento di lingua tedesca, invece, i professori contavano<sup>11</sup>, e Jhering contava moltissimo: nel parere sulla linea ferroviaria Lucca-Pistoia difese i risparmiatori ingannati dalle banche<sup>12</sup>; in quello sulla ferrovia di Gäu, nel Canton Soletta (Solothurn), in Svizzera, si trovò a reagire alla causidica obiezione secondo la quale chi si fosse costituito in comitato promotore per la costruzione della ferrovia non avesse azione contro l'inadempimento del contratto, in quanto privo di interesse patrimoniale (con questo argomento ogni obbligazione contratta dallo Stato per il bene pubblico sarebbe in sostanza inesistente, come dire: se agisci per il bene comune, sei uno sciocco indifendibile in giudizio).

Ma non è questa la sede, scendiamo dal treno, torniamo da Donato, che ci aspetta sul binario.

<sup>8</sup> Passione condivisa in famiglia. Finissima indagatrice e traduttrice di Heine è Simonetta, sorella di Donato: H. HEINE, *Poesie scelte*, a cura di CARUSI, Sesto S. Giovanni, 2016.

<sup>9</sup> CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., 4 s.

<sup>10</sup> CARUSI, *o.u.c.*, 100.

<sup>11</sup> Meno di quello che i professori vorrebbero raccontare. Spesso erano lì con i loro pareri a decorare le aule: li stampavano, si azzuffavano; e poi i giudici decidevano senza neanche leggerli. Meraviglioso il pezzo di Marie-Theres Fögen dedicato ad una causa di Basilea, con lo scontro tra Jhering e Dernburg: FÖGEN, *Lob der Pandektistik*, in KIESOW, OGOREK, SIMITIS (Hrsg.), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, 179 ss. (per chi proprio voglia, anche il mio *Sentimento e moltitudine*, di prossima uscita presso il Mulino).

<sup>12</sup> È una storia interessantissima, che non ho potuto inserire nei miei due volumi jheringhiani (già troppo, due volumi!), ma che meriterebbe di essere raccontata e studiata a fondo. Una sintesi in RENNER, *Vom „Naturstudium“ zur Systemtheorie: Soziologische Ansätze im Wirtschaftsrecht*, in *Annali Iuris*, 2020, 41 ss.

#### 4. Philip Roth, ovvero della necessità di capire male. Far sentire al diritto la vergogna, lasciar parlare la pietà: Ugo Betti, *Frana allo Scalo Nord*

Ci troviamo ora alla stazione *Pastorale americana* (1997), il celebrato romanzo di Philip Roth. Donato molto efficacemente tratteggia questo naufragio familiare<sup>13</sup>, dove – ed è una vecchia storia – il desiderio di giustizia futura produce infinite ingiustizie presenti. Che pensare del fallimento della Giustizia? Il Torto e il D(i)ritto si vorranno forse così bene da farsi del male l'uno con l'altro? L'ultimo brano di Roth, citato da Donato, è esemplare:

...capire bene la gente non è vivere. Vivere è capirla male, capirla male e male e poi male e, dopo un attento riesame, ancora male. Ecco come sappiamo di essere vivi<sup>14</sup>.

Come vorremmo che questa coscienza del *capire male* fosse la voce del diritto. Ma in nessun'aula ascolteremo la Legge dire: “non so, sono troppo solenne per essere viva”.

Forse un'aula c'è, quella teatrale: lì è dato convocare il Diritto in scena e fargli confessare il suo Assoluto Indicibile: “io, il Diritto, farei bene a sparire ogni tanto”. Un sogno? Il Diritto che scoppia di vergogna d'esistere e, condannato a tacere, scappa a nascondersi...

Ugo Betti, fratello di Emilio, magistrato, calciatore, poeta, narratore e soprattutto drammaturgo, in *Frana allo Scalo Nord* (rappresentato per la prima volta nel 1936)<sup>15</sup> inscena un processo per una tragica questione (desiderosi di *suspense*: attenzione *spoiler!*, lettori, saltate al paragrafo successivo – sarebbe davvero un peccato perdere l'esperienza dell'ascolto<sup>16</sup>).

Una frana in un cantiere provoca tre morti; la scena si apre sul procedimento istruttorio che dovrebbe concludersi con la sentenza. Più l'indagine va avanti meno sono chiare le responsabilità. Dolori e miserie di accusati, accusatori e vittime si susseguono. Il finale è meraviglioso. Giungono in scena le tre vittime, ma non portano affatto chiarezza: neanche loro sanno dire di chi sia la colpa; tutti, invece, le vittime e gli accusati, cominciano ad incolpare se stessi. L'angoscia della disgrazia senza un solo colpevole strazia i personaggi, pretendono sia pronunciata una sentenza. Il consigliere Parsec<sup>17</sup> è tentato di mandare tutto

<sup>13</sup> CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., 327 ss.

<sup>14</sup> CARUSI, *o.u.c.*, 331

<sup>15</sup> Scritto nel 1932, pubblicato varie volte. Ho sott'occhio una edizione del 1941 (BETTI, *Frana allo Scalo Nord*, Roma 1941) e la ripubblicazione nel volume che raccoglie l'opera teatrale dell'autore (U. BETTI, *Teatro*, Bologna, 1955, 203 ss.)

<sup>16</sup> Su YouTube è reperibile una messa in scena televisiva dei tardi anni Cinquanta per la regia di Sandro Bolchi (<https://sandrobolchi.com/2017/04/28/frana-allo-scalo-nord-1957/>). Oggi appare datata, e forse ciò le conferisce un suo fascino: ma con attori di prim'ordine. In particolare, il monologo finale riprodotto nel testo è recitato da Salvo Randone, e l'esperienza del finale, più che nella lettura, offre tutta la sua potenza emotiva attraverso l'interpretazione di questo grandissimo attore: [https://www.youtube.com/watch?v=HizVc\\_Wkulo&t=983s](https://www.youtube.com/watch?v=HizVc_Wkulo&t=983s) (per chi non abbia la pazienza, ma ribadisco sarebbe un delitto, di vedere l'intero dramma: il monologo è a 1 h e 39 min).

<sup>17</sup> Per una stucchevole abitudine del tempo – sotto l'ipocrisia fascista – i personaggi hanno

all'aria («che io resti fulminato, se pronuncio questa sentenza»), non ne può più di «queste carabattole», è «stanco di fare il pagliaccio qua sopra»<sup>18</sup>. Poi, mentre l'Accusatore Generale incalza per la condanna di chicchessia, sopraggiunge l'illuminazione:

- PARSC *(lentamente, e come se il suo pensiero gli si chiarisse man mano)* Considerato... che tutti costoro davanti a noi, in questo tribunale e altrove, molto si sono affannati, impastando un pane assai confuso e scuro... *(Pausa)* Che in questo pane sembra un po' difficile spartire il buono e il cattivo: perché essi, siccome respiravano e camminavano sopra la terra, forse non potevano essere diversi da quelli che sono stati... Considerato...
- GOETZ Avanti!
- PARSC ... che molto essi hanno sofferto, trascinando un carico assai pesante...
- GOETZ Avanti!
- PARSC ... ma che nessuna cosa è ad essi più cara del loro stesso soffrire... Hanno paura che esso vada perduto... lo sentono, sopra di loro, come una frusta fischiante, che li percuote e tuttavia li accompagna: li ferisce, ma pure li rassicura; e li fa camminare, camminare, verso altre miserie, altri stenti...
- GOETZ Avanti!
- PARSC *(con voce tonante)* Considerato che dunque essi soffrono, ma vogliono soffrire; soffrono quando possiedono la terra e quando la lavorano per altri; quando sono detti buoni, e quando sono detti cattivi, quando oppressero e quando si lasciarono opprimere, quando ingannarono e quando furono ingannati; soffrono, ma vogliono soffrire perché respirano, perché sono uomini, perché vogliono vivere, piangere, sperare, e spingere avanti, avanti, il loro carico...
- GOETZ Per questi motivi...
- Tutti aspettano immobili, a testa bassa
- PARSC *(stende la mano, prende il codice, lo alza)*. Per questi motivi. In nome di Dio: in nome della legge: noi dichiariamo che questi uomini...
- GOETZ *(ambiguo)* Su, Parsc. Pronunciala, allora, questa condanna!
- PARSC Noi dichiariamo che questi uomini pronunciarono, pronunciano essi stessi ogni giorno con la loro vita, con la loro pena, la giusta sentenza: trovarono essi stessi la loro certezza. E che forse dalle mani dei giudici essi dovranno avere un'altra cosa, più alta: la pietà. La pietà.
- TUTTI *(con voce sommessa)* Pietà... Pietà...<sup>19</sup>

Si dica pure che c'è tanto vecchio dolorismo cattolico in questo finale; che il fondo esteriormente metafisico rende politicamente tutti irresponsabili, oppressi ed oppressori; che il simbolismo è esteriore; lo si dica pure, e forse con ragione. Eppure, la potenza

---

nomi stranieri, guai a rappresentare un giudice italiano che dubiti della legalità fascista. Significativa, tuttavia, l'indicazione di Betti: «l'azione si svolge in una città straniera, fra gente del luogo ed emigrati vari paesi» (BETTI, *Frana*, cit., 11; ID., *Teatro*, cit., 204; pedanteria impone di avvertire che *ed emigrati* si legge in *Teatro*; nell'edizione del '41 la *d* eufonica manca). Non a caso una delle vittime ha un chiaro nome siciliano, un lavoratore immigrato nell'immaginario paese nel quale (e soltanto nel quale per carità!) si sfruttano i lavoratori, fino a farli morire sul lavoro. Corre il dovere di avvertire che, almeno ai tempi dei primi governi democristiani della Repubblica, non andava tanto diversamente: l'ambientazione straniera persiste infatti nel più noto *Corruzione al Palazzo di Giustizia* (scritto nel 1944 e rappresentato per la prima volta nel 1949): BETTI, *Teatro*, cit., 1086.

<sup>18</sup> BETTI, *Frana*, cit., 86 s.; ID., *Teatro*, cit., 256 s.

<sup>19</sup> BETTI, *Frana*, cit., 89 s.; ID., *Teatro*, cit., 259 s.

rappresentativa di questa scena è tale, che non riesco a leggerla mai senza piangere. Il brivido metafisico del sentirsi blasfemo nel ciarlare di giustizia, seduto tutto tronfio a giudicare in mezzo al dolore universale, è autentico; se un giurista non lo sente, che sia, lui sì, condannato senza appello.

## 5. «Conservare il senso della complessità». Lacrimare diritto, accettare che la risposta non sia semplice

Perché un giurista cerca il diritto fuori dal diritto? E lo cerca innanzitutto nella letteratura, nell'espressione artistica fatta di parole, parole scritte e pronunciate, come il diritto? La radice dell'interesse di Donato è profonda; si sente che deriva da un'interrogazione quotidiana sul senso del nostro lavoro; dal dolore del limite, quel dolore che chi faccia diritto provando a fare del bene e non soltanto a trovare un modo per fatturare bene (quanti ne abbiamo avuti, quanti ne abbiamo patiti, quanti ancora infesteranno la terra). Crediamo davvero che le nostre recitazioni sparse per monografie, noterelle, allegazioni, pareri, sentenze siano la salvezza del mondo?

Ho sempre provato disgusto ed orrore per i giuristi davvero convinti di custodire le chiavi della salvezza della società nelle cartelle composte dalle loro chiacchiere. Gli ipocriti, duro da ammettere ma vero, sono più simpatici; simpatiche canaglie, oppure soltanto ex bravi ragazzi che trattengono, per loro e nostra fortuna, l'ultimo velo di vergogna. I fanatici, quelli che credono il diritto sia tutto – tutta la loro vita fallita dietro le borie del Dover Essere per Iscritto – sono invece una peste. Ignorano il senso sociale del loro agire, distruggono tutto ciò che trovano in nome di una legalità che intimamente tradiscono essendole fedeli, della quale sanno cogliere soltanto il senso superficiale di sadismo punitivo.

È penoso, per un professore di diritto, sentire la coscienza che si lacera, la nausea che coglie dopo un successo accademico: molti ti applaudono (quando invece crepano di indifferenza poco ostile e poco cortese o bruciano di inutile invidia – e invidiare che?... la fuga temporanea dall'ipocrisia), alcuni si appassionano per una qualche nuova prospettiva sul diritto, ti vengono intorno, fanno domande, ti sorridono – e Tu vorresti soltanto scappare in bagno e piangere, non era quella la fusione empatica che, senza saperlo confessare, avevi tanto desiderato da bambino; fusione per la quale adesso sai di avere studiato invano. Vorresti allora chiuderti in albergo e ascoltare la muta disperazione della terzultima delle *Variazioni Diabelli* di Beethoven: note che salgono su e giù, ricamando i pensieri muti di un disperato osservatore dell'impotenza umana, disperato impotente e forte tanto da guardare oltre la stessa impotenza; note che comunicano quello che non si sente, il vuoto che il loro andirivieni tocca e pallidamente irradia.

Il dolore della lacerazione del senso di giustizia, tradita (né potrebbe essere altrimenti) dalle parole del diritto, è ciò che nella passione per la letteratura cerca senza sosta il suo farmaco. Qual è? Il farmaco è cedere alla complessità del reale, abbandonarsi all'oblio della salvifica impotenza, gettare via da sé l'oscena illusione del tutto, del pieno, delle ultime parole. Non so se Donato pensi esattamente così (la sua civilissima riservatezza mi

sollecita il pudore di non potergli fare domande tanto impudenti), ma sono certo che il fondo emozionale sia il medesimo.

Ho citato prima Wolfgang Iser, ricordo adesso un altro studioso tedesco appartenente, anch'egli, alla cosiddetta scuola dell'estetica della ricezione: Hans Robert Jauss, la cui formula specifica è la «funzione comunicativa del fittivo»<sup>20</sup>. *Das Fiktive*, il fittivo (da non confondere con la *fiction*): raccontiamo una storia, sappiamo che non è vera, eppure comunica qualcosa che proviene dalla realtà, perché la sta scrivendo l'essere umano reale e reale è il suo comunicare. Il modo nel quale la funzione del fittivo agisce nel mondo è però molto diverso dalla dialettica giuridica binaria lecito/illecito: dal reale traspare un movimento interminabile di possibilità normative opposte – la narrazione è lo scontro di molteplici sequenze regolatorie. Siamo quindi lontani dall'inquietudine e insoddisfazione del diritto che ha una sola voce, un solo vincitore e un solo sconfitto. A tal proposito, se pure la storia non deve essere confusa con la letteratura<sup>21</sup>, uno storico, uno dei massimi del Novecento, ha molto da insegnarci su cosa sia uno sguardo non presuntuoso sulle vicende umane.

Marc Bloch, al principio del quinto capitolo della sua *Apologia della storia*<sup>22</sup>, rappresenta, tra l'altro, una vicenda minima: un tale va in montagna, fa un passo falso, cade in un burrone. Come possiamo raccontare questa storia? La colpa è del viandante sbadato, delle sue scarpe inadeguate, della pioggia dei giorni precedenti, di chi non ha effettuato la manutenzione della strada? E se avesse avuto un malore, la colpa sarebbe (anche) del medico che lo aveva visitato pochi giorni prima senza aver notato la patologia? E se il sentiero fosse stato una via destinata ai pascoli estivi: si poteva andare o no per quella strada a fare escursioni in autunno? Chi le ha autorizzate? Chi ha vigilato affinché non vi fossero? E che pensare delle condizioni di arretratezza economica che hanno impedito la costruzione di un sentiero migliore? È colpa del sistema economico generale o dei politici locali? Chi dirigeva, chi predisponeva i turni di sorveglianza? Quelle strade qualcuno doveva averle progettate; lo aveva fatto bene? Se i soccorsi fossero giunti prima, la vittima poteva essere salvata? Chi organizza il sistema dei soccorsi o dei presidi medici in montagna: direttori sanitari, autorità regionale?

Potremmo proseguire all'infinito; e farci su mille storie – se ci pensate, è il nucleo di *Frana allo Scalo Nord* di Ugo Betti. Noi giuristi pensiamo alle diverse declinazioni della ricerca di un responsabile e dell'identificazione di un nesso causale. Marc Bloch risponde così:

<sup>20</sup> JAUSS, *Esperienza estetica ed ermeneutica letteraria. Teoria e storia dell'esperienza estetica*, I, trad. it., Bologna, 1987, 350 ss.

<sup>21</sup> GINZBURG, *Rapporti di forza. Storia, retorica, prova*, Milano, 2000, 13 ss.; Id., *Prove e possibilità. In margine a Il ritorno di Martin Guerre di Natalie Zemon Davis*, in ZEMON DAVIS, *Il ritorno di Martin Guerre. Un caso di doppia identità nella Francia del Cinquecento*, Torino, 1984, 131 ss.; MOMIGLIANO, *The Rhetoric of History and the History of Rhetoric: On Hayden White's Tropes* [1981], in Id., *Settimo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1984, 49 ss.

<sup>22</sup> BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1949), trad. it., Torino, 1969, 161 s. (abbiamo complicato le varianti rispetto a quelle proposte da Bloch).

la superstizione della causa unica, in storiografia, è molto spesso la forma insidiosa della ricerca di un responsabile; quindi, di un giudizio di valore. “A chi la colpa, o il merito?”, dice il giudice. Lo studioso si limita a domandare: “perché?”, e accetta che la risposta non sia semplice<sup>23</sup>.

*Accettare che la risposta non sia semplice* – nessuna terapia migliore contro la vuota pienezza delle nostre conclusioni che falsamente concludono dicendo cosa sia giusto, chi punire, chi premiare. La differenza tra il giudice e lo storico è questa: noi alla fine dobbiamo risolvere la complessità, perché il giudice deve accogliere o respingere la domanda; lo storico può dire: “beh no, hanno ragione entrambi – ma solo in parte, e forse chiedere chi possiede la ragione significa smettere di capire cosa sia accaduto, perché forse non c’è una sola rappresentazione di ciò che è torto o merito nello scrivere le molte storie intrecciate in una stessa vicenda”. «Conservare il senso della complessità» – dice assai bene Donato<sup>24</sup>.

## 6. Il diritto spocchioso. Compresenza della contraddizione, «formazione di compromesso». La letteratura come uscita di sicurezza del diritto

Ecco, la storiografia ci abitua alla *complessità*, la letteratura fa qualcosa di più: ci abitua ad *accettare la compresenza della contraddizione*. Ha ragione Antigone o ha ragione Creonte? Se la risposta fosse semplice, *Antigone* sarebbe una porcheria<sup>25</sup>. In una qualunque storia possiamo davvero dividere e stabilire chi sia il buono e chi il cattivo? Sappiamo tutti quanto sia deprimente la narrativa di regime sotto ogni totalitarismo: sin dal principio della storia buoni e cattivi sono definiti senza sfumature, è evidente che sia cattiva letteratura. Una mera declinazione narrativa di un’ideologia resta ideologia, non muove alcun affetto, non porta mai dove già non siamo.

Francesco Orlando – discendente di Vittorio Emanuele Orlando, a tutti noi giuristi ben noto – per onorare la tradizione familiare si laureò in giurisprudenza<sup>26</sup>. Espiato il comando gentilizio, si iscrisse a Lettere, divenendo uno dei più noti francesisti italiani e il primo titolare di una cattedra di teoria letteraria. Nel suo *Per una teoria freudiana della letteratura* (1973) si muove su linee rigorosamente freudiane, che oggi appaiono datate (personalmente trovo il

<sup>23</sup> BLOCH, *o.c.*, 163. Nell’originale francese: «la superstition de la cause unique, en histoire, n’est trop souvent que la forme insidieuse de la recherche du responsable : partant, du jugement de valeur. «A qui la faute, ou le mérite?» dit le juge. Le savant se contente de demander «pourquoi»? et il accepte que la réponse ne soit pas simple».

<sup>24</sup> CARUSI, *Sua maestà*, cit., 426.

<sup>25</sup> Che poi Antigone sia politicamente ingenua, che lotti assai male per ciò in cui crede (ma questa è una interpretazione di *Antigone* come mito d’oggi, non come letteratura), è un’altra storia: chi ne abbia voglia potrà leggere il *Dialogo di Lenin e Antigone* nel mio *Non essere furbo. Ermeneutica scomoda e legalità sconnessa*, in *Foro nap.*, 9 (2020), 549 s.

<sup>26</sup> FIORENTINO, *In memoria di Francesco Orlando*, in *Studi francesi*, 163 (2011), 138 ss.



meccanicismo freudiano quanto di meno appassionante possa esservi), eppure, la sua analisi sul ritorno del rimosso lo conduce ad introdurre una formula di fondamentale potenza esplicativa: la «formazione di compromesso»<sup>27</sup>. Formazione di compromesso è la compresenza di valori antitetici all'interno di una storia; non sei solo buono, non sei solo cattivo:

... è difficile che l'opera letteraria tralasci di cedere la parola al nemico, sia pure temporaneamente, tendenziosamente, indirettamente, ambiguamente; e poiché il discorso resterà nondimeno uno solo, in qualche modo ambiguo esso dovrà diventare per intero. Non certo necessariamente nel senso che fra i due significati che si contraddicono il lettore dubiterà quale sia il giusto: bensì almeno nel senso che per individuarsi, accettarsi, scegliersi come io lungo il discorso dell'opera, dovrà confrontarsi senza scampo con ogni reietto non io. E in questo senso, se è importante ricordarsi che Racine e Molière non ci fanno ascoltare solo la voce della colpevole Fedra o dei maniaci ridicoli, ma anche, da altri personaggi, quelle dell'innocenza o della ragione o dell'autorità, d'altra parte non dimentichiamoci di comprendere perché Pascal lascia lunghissimamente la parola ai gesuiti, Voltaire ai fanatici, Brecht ai capitalisti.

Alla fine, o dall'inizio, si saprà benissimo in questi ultimi casi chi ha ragione e chi ha torto<sup>28</sup>. Ma quando all'intenzione che ha torto è stato lasciato abbastanza spazio per accordarle magari una mezza riuscita, ed infliggerle quindi non più che un mezzo fallimento, logica vuole che non si possano nutrire dubbi sul carattere dimidiato anche della riuscita e del fallimento dell'intenzione opposta, che ha ragione<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> ORLANDO, *Per una teoria freudiana della letteratura*, Torino, 1973, 21 ss. (ma più che un luogo specifico occorre considerare l'intero volumetto); Id., *Lettura freudiana del «Misanthrope» e due scritti teorici*, Torino, 1979, 10: «alcune persone staranno solamente da una parte della barricata, altre solamente dall'altra. Ma nell'ordine del discorso letterario, l'unico a cui io volevo riferirmi, nessun conflitto può entrare senza che vi entrino a un tempo entrambe le parti situate al di qua e al di là della barricata; e per violento e inconciliabile che resti l'immaginario conflitto, il discorso che se lo assume tutto dovrà necessariamente funzionare come il discorso di una voce o di una persona singola, rivolto a ciascun destinatario in modo indiviso. Una *teoria* che voglia fare un posto privilegiato a questa conflittualità tendenziale dei contenuti dell'opera letteraria, non sarà dunque freudiana soltanto nel senso che farà *consistere* l'opera di *contraddizioni* e di *coppie di opposti*, e cercherà di determinare *quale posizione reciproca assumano i contrari, quali effetti derivino dall'uno e quali dall'altro*. Una tale teoria potrà anche giovare, per la posizione reciproca e gli effetti rispettivi dei contenuti in conflitto, dello stesso modello che le giova per le tensioni di cui consiste a sua volta la forma, e che è il modello della conflittualità massima o per meglio dire più stretta, più ravvicinata di cui ha parlato Freud: quello che qualifica tutte le manifestazioni dell'inconscio, come *formazioni di compromesso*» (corsivi originali).

<sup>28</sup> Forse nella letteratura novecentesca non è più sempre così.

<sup>29</sup> ORLANDO, *Lettura freudiana del «Misanthrope»*, cit., 11 s.

Impossibile raccontare un valore senza inscenare la sua negazione. Come fa un giurista a rappresentare questo? Come fa un giurista a rappresentare la compresenza *doverosamente ammissibile e funzionalmente necessaria* di torti e ragioni?<sup>30</sup> La letteratura può, il cinema può, il teatro può, vive anzi di questo; vive della costitutiva complessità, ma non soltanto una complessità fattuale discernibile, ma complessità e aggiungerei incommensurabilità assiologica di valori che sono compresenti nella stessa struttura agente. La letteratura ci porta quindi dove il diritto non può arrivare, fa qualcosa che il diritto non sa fare: sa essere umile. Il diritto è di una spocchia spaventosa, i giuristi no, magari sono anche simpatici, ma il diritto mai: il diritto è presuntuoso, il diritto vuole avere la conoscenza della ragione e pretende di poterla dire una volta per tutte. La sua unità senza tempo è la sua follia.

È questa spocchia a dare la nausea ai giovani studenti, quelli d'animo non corrotto dalla prospettiva di replicare le agiatezze familiari di qualche dozzina di generazioni di signori del torto e della ragione, del rogitto e dello studio in centro, della sentenza e della dirigenza, dei clienti e delle buone amicizie. La letteratura, nei giovani dell'Otto e Novecento, è stata l'uscita di sicurezza dal disgusto del dover essere – sfacciatamente messo per iscritto e – amministrato da gente che in nome della legge dichiara di sottoporsi ad una legge cui sfugge e che impone. Quali fughe offra loro la modernità, non tocca dire – ce ne sono infinite, inclusa la possibilità che non debbano far nulla, perché il diritto si smonterà da solo. Nell'attesa che si scioglia questo enigma, prendiamo un altro luogo dal libro di Donato, così ci occupiamo di un altro aspetto: cosa accade, quando il diritto processa la letteratura<sup>31</sup>.

## **7. Flaubert 1. Il censore della letteratura: Ernest Pinard e l'annus horribilis 1857. Flaubert studia il possesso dello sbadiglio a titolo oneroso. Il processo a *Madame Bovary* e il resistibile fascino dei critici per l'ermeneutica del censore**

Ernest Pinard sostenne l'accusa nei processi contro *Madame Bovary* e *Les Fleurs du Mal*: perse (in parte) nel primo processo, vinse (in parte) nel secondo, guadagnandosi in tal modo fama imperitura di ottuso nemico della cultura. Due opere capitali della lettera-

<sup>30</sup> Molto si dovrebbe meditare – depurato dal meccanicismo freudiano – il capitolo finale, quello più 'politico' del libro: ORLANDO, *Per una teoria freudiana della letteratura*, cit., 74 ss. Orlando sviluppa una geniale tassonomia di atteggiamenti normativi che qui si riporta, nella speranza che possa interessare e sollecitare i teorici del diritto e sia studiata a fondo: «conscio, ma non accettato»; «accettato ma non propugnato»; «propugnato ma non autorizzato»; «autorizzato (ma non da tutti i codici di comportamento)»: una complessità di atteggiamenti rispetto a modelli di realtà regolata, che sfugge del tutto alla rozzezza normativa del dover essere formale: o.u.c., 81.

<sup>31</sup> SITI, *Il romanzo sotto accusa*, in MORETTI (a cura di), *Il romanzo*, I: *La cultura del romanzo*, Torino, 2001, 150 ss.

tura francese ed europea (e della letteratura senza aggettivi) portate alla sbarra da questo algido retorico censore, relativamente giovane, noiosamente rigoroso, tenace, fanaticamente tradizionalista, carrierista al punto giusto (senza grande fortuna, tutto sommato), invecchiato senza respiscenza e, infine, chiacchierato per eccessi di galanteria con giovani signore<sup>32</sup>.

Donato, in pagine stringate ed eleganti, tratteggia il processo a *Madame Bovary*, celebrato nel 1857, e il suo sottofondo politico<sup>33</sup>: Luigi Napoleone, presidente della (Seconda) Repubblica francese dal 1848 al 1852 pensa bene di fare un colpo di Stato e proclamarsi imperatore. Gli oppositori non hanno vita facile; e non ne ha la *Revue de Paris*, della quale uno dei fondatori fu Maxime Du Camp, amico di Flaubert. Qui il romanzo compare a puntate, la rivista non gode di buona fama nelle nuove dorate stanze del potere. Socialmente parlando, Baudelaire non è nessuno; Flaubert, invece, appartiene ad una famiglia importante, dispone di conoscenze non da poco – il padre è un chirurgo di fama e chirurgo sarà anche il fratello: il povero Gustave era considerato l'«idiota di famiglia»<sup>34</sup>. È un processo spinoso; per il quale occorre un accusatore desideroso di emergere e 'incorruttibile', fustigatore dell'immoralità. Ernest Pinard si farà una reputazione nera, censurando, in un crescendo di infamia, Flaubert, Baudelaire ed Eugene Sue<sup>35</sup>, tutto nell'*annus horribilis* 1857<sup>36</sup>: Flaubert è assolto il 7 febbraio (ma l'opera subisce, come vedremo, nel dispositivo della sentenza una dura reprimenda); Baudelaire condannato il 20 agosto (Pinard, memore dell'insuccesso parziale contro Flaubert, non aveva chiesto il bando dell'intera opera, ma soltanto l'espunzione di alcune poesie ritenute oscene – e il tribunale gli darà ragione) e, culmine dei suoi successi nella carriera di nemico delle letterature, il 25 settembre Pinard riuscirà ad ottenere una sentenza di condanna contro i *Misteri del popolo* di Eugene Sue, con l'ordine di distruggere le copie e le bozze. Sue era morto prima dell'inizio del dibattimento (il 3 agosto)<sup>37</sup>.

Povero Flaubert! Aveva studiato giurisprudenza e il diritto gli faceva venire la nausea. È l'estate del 1842, Flaubert studia (si fa per dire) diritto privato, e gli fa schifo. Scrive all'amico Ernest Chevalier, anche lui studente (diventerà giudice):

<sup>32</sup> Ha avuto anche una biografia a lui dedicata: NAJJAR, *Le censeur de Baudelaire (1822-1909): Biographie*, Paris, 2011 (e in ebook, da cui citeremo soltanto con indicazione dei capitoli).

<sup>33</sup> CARUSI, *Sua maestà legge*, cit., 173 ss.

<sup>34</sup> SARTRE, *L'idiot de la famille: Gustave Flaubert de 1821 à 1857*, Paris, 1971-1972, 3 tt., opera incompiuta (trad. it., 2 voll., Milano 1977).

<sup>35</sup> CASTRONUOVO, *L'accusatore e il pornografo. Ernest Pinard e il processo ai Fiori del male*, in *La biblioteca di via Senato*, IX, 2017, 55 ss.

<sup>36</sup> PIERRAT, *1857: La Littérature en procès. Gustave Flaubert, Charles Baudelaire et Eugène Sue face à la censure*, Paris, 2021.

<sup>37</sup> PIERRAT, *Eugène Sue, le peuple et ses mystères*, in *Humanisme*, 306 (2015), 1, 84 ss.

Il diritto mi mette in uno stato di castrazione morale che è strano da immaginare; è sorprendente come io abbia l'usucapione della stupidità, come io goda dell'usufrutto dell'immerdamento, come io possieda lo sbadiglio a titolo oneroso<sup>38</sup>.

Non offendetevi (non siete mica tutti nipotini di Pinard) per l'*emmerdement*: forse noi professori dovremmo dargli privato *honoris causa* per aver concepito il possesso a titolo oneroso dello sbadiglio o l'usucapione della stupidità... studia studia e diverrai padrone della noia<sup>39</sup>.

Su *Madame Bovary* in tribunale si è scritto persino troppo<sup>40</sup>. Il processo ovviamente moltiplicò le vendite del romanzo, uscito in volume lo stesso anno della sentenza<sup>41</sup>: i

<sup>38</sup> Citiamo dagli autografi, conservati alla *Bibliothèque nationale* (ed accessibili online): *Gustave Flaubert. Lettres à Ernest Chevalier (1829-1861)*, online in *gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France. Département des Manuscrits*: NAF 25892 1842, foglio 134, *recto* e *verso*. Curioso notare che nella prima edizione della *Correspondance* di Flaubert (Première série, Paris, Charpentier, 1887) questa lettera manca. L'edizione completa nella Pléiade è del 1973: *Correspondance*, Tome I, Janvier 1830 - Mai 1851.

<sup>39</sup> Una traccia dal chiaro sapore autobiografico si rinviene anche nella *Educazione sentimentale* (1869). Nel quarto capitolo della prima parte, il protagonista Frédéric Moreau, svegliato studente di giurisprudenza, sulla via di andare a frequentare il corso di «procedura», si imbatte in una manifestazione per le strade. «Poco dopo la moltitudine si divise spontaneamente e molte teste si scoprirono, salutano il famoso professore Samuele Rondelot, che avvolto nella sua larga *redingote* si avanzava con passo tranquillo, gli occhiali d'argento in aria, il respiro asmatico, per andar a tenere la sua lezione. Quest'uomo era una delle glorie giudiziarie del XIX secolo, il rivale dei Zachariae dei Ruhdorff, e la sua nuova carica di pari di Francia non aveva modificato in nulla le sue abitudini. Lo si sapeva povero, ed era circondato da grande rispetto»: FLAUBERT, *L'educazione sentimentale*. «Storia di un giovane», trad. it. di Dal Fabbro, Torino, 1944, 27. Apprendiamo che anche a metà Ottocento i professori che studiano troppo sono poveri; e che Flaubert conosceva Karl Salomo Zachariae (chissà che non sia stato lui l'istigatore dello sbadiglio a titolo oneroso) e Adolf Rudorff, il fedele allievo di Savigny. Flaubert mette nel cognome di quest'ultimo una *h* in più: leggiamo dall'edizione Pléiade del 1952: FLAUBERT, *Œuvres*, II, Paris, 1952, 60 («Zachariæ» e «Ruhdorff»).

<sup>40</sup> LADENSON, *Ernest Pinard, critique littéraire*, in MACÉ, POULOUIN e LECLERC (dir.), *Censure et critique*, Paris, 2015, 255 ss.; LACAILLE, *Le réquisitoire d'Ernest Pinard*, in *Cahiers Flaubert-Maupassant*, 35 (2018), 11 ss.; BEAUVAIS, *La plaidoirie de Jules Senard*, *ivi*, 35 (2018), 21 ss.; DUPRAY, *Madame Bovary et les juges. Enjeux d'un procès littéraire*, in *Association française pour l'histoire de la Justice*, 17 (2007), 1, 227 ss.; VATAN, *Outrage à la morale publique et aux bonnes mœurs ! Gustave Flaubert et la morale de l'Art*, in DARMON e DESAN (dir.), *Pensée morale et genres littéraires*, Paris, 2009, 133 ss.; EAD., *Madame Bovary, l'autopsie d'un scandale*, in FAGOT e UZEL (dir.), *Énonciation artistique et socialité*, Paris, 2006, 73 ss.; LECLERC, *Flaubert et la littérature en procès au XIXe siècle. Avec la transcription des pièces d'un dossier inédit relatif au procès de Madame Bovary*, in DELAS (dir.), *La plume et le prétoire. Quand les écrivains racontent la justice*, La Documentation française, coll. «Histoire de la justice», 23 (2014), 153 ss.; PASQUET, *Ernest Pinard et le procès de « Madame Bovary »*, Paris, 1949; LACAPRA, *Madame Bovary on trial*, New-York, 1982; LECLERC, *Crimes écrits: la littérature en procès au XIXe siècle*, Paris, 1991; LADENSON, *Dirt for Art's Sake: Books on Trial from 'Madame Bovary' to 'Lolita'*, Ithaca (NY), 2007. In italiano brillante la ricostruzione e piacevole apparato iconografico nel blog *Diritto e Castigo* di SIMONETTI: *I processi a Madame Bovary e ai Fiori del Male* (in 12 «puntate»): <https://lucasimonetti.it/processi-famosi/i-processi-a-madame-bovary-e-ai-fiori-del-male-puntata-1/> e ss.

<sup>41</sup> FLAUBERT, *Madame Bovary – Mœurs de province*, Michel Levy, I-II, Paris, 1857.

buoni borghesi corsi a comprarlo, in cerca di letture pruriginose, rimasero comunque piuttosto delusi dal realismo allusivo di Flaubert, dalla oggettivazione di ogni limite del desiderio. L'«edizione definitiva» – così chiamata dall'autore – compare molti anni dopo, nel 1879, e recherà in una lunga appendice la sentenza, la requisitoria di Pinard e l'arringa difensiva dell'avvocato Jules Senard<sup>42</sup>, cui il libro è dedicato con lettera dell'autore pubblicata in antiporta<sup>43</sup>. Verso Pinard, Flaubert ebbe sempre disprezzo: per tutta la vita lo chiamò «il mio nemico».

Sarebbe, immagino, parecchio irritato il nostro scontrosissimo Flaubert nello scoprire oggi che l'attenzione della critica non è per l'appassionata eloquenza dell'arringa dell'avvocato Senard, ma converge incontro all'ermeneutica censoria dell'accusatore Pinard: costui non sarebbe più «il rospo», come lo definiva la stampa satirica del tempo<sup>44</sup>, ma l'unico ad aver compreso realmente la carica eversiva della rappresentazione letteraria<sup>45</sup>. Con una sorta di sindrome di Stoccolma, la teoria letteraria prova fascinazione per il suo censore-torturatore. Difendere Flaubert, asserendone la perfetta moralità, annoia; rileggere le accuse di indecenza e sommovimento delle coscienze provoca invece nelle pulite coscienze dei critici contemporanei un brivido da artista maledetto che nobilita l'impresa letteraria<sup>46</sup>. Che Senard debba dipingere davanti al collegio un Flaubert impregnato dello stesso benpensantismo religioso del quale si nutre Pinard (e con lui la Legge) al fine di ottenere l'assoluzione per il suo cliente, e che questo sia calcolo processuale, intelligente falsificazione, è certo. La strategia rivela non certo l'incapacità di leggere del difensore, ma la coazione del potere costituito, che detta l'alfabeto del discorso e costrin-

<sup>42</sup> JOUBERT, *Jean Jules Senard : De la défense de Flaubert a la défense de la République, 1800-1885*, Paris, 1984.

<sup>43</sup> FLAUBERT, *Madame Bovary : mœurs de province*, Édition définitive suivie des réquisitoire; plaidoirie et jugement du procès intenté à l'auteur devant le Tribunal correctionnel de Paris, audiences des 31 janvier et 7 février 1857, G. Charpentier, Paris, 1879: «Cher et illustre ami, Permettez-moi d'inscrire votre nom en tête de ce livre et au-dessus même de sa dédicace; car c'est à vous, surtout, que j'en dois la publication. En passant par votre magnifique plaidoirie, mon œuvre a acquis pour moi-même comme une autorité imprévue. Acceptez donc ici l'hommage de ma gratitude, qui, si grande qu'elle puisse être, ne sera jamais à la hauteur de votre éloquence et de votre dévouement. GUSTAVE FLAUBERT».

<sup>44</sup> *Le crapaud*, il rospo, è anche il titolo di una *pièce* teatrale di Alexandre Najjar: NAJJAR, *Le crapaud*, Beyrouth, 2001.

<sup>45</sup> RIZZO, *Censura come critica letteraria. La requisitoria di Pinard contro «Madame Bovary»*, 2015, online in [http://www.mimesis.education/uncategorized/marco-rizzo-censura-come-critica-letteraria-la-requisitoria-di-pinard-contro-madame-bovary/#\\_ednrefl](http://www.mimesis.education/uncategorized/marco-rizzo-censura-come-critica-letteraria-la-requisitoria-di-pinard-contro-madame-bovary/#_ednrefl). Il dissenso manifestato nel testo non toglie il mio debito verso questo scritto molto utile, cui devo anche la prima sollecitazione a considerare la «formazione di compromesso» di Francesco Orlando (*retro*, § 7).

<sup>46</sup> Che poi i rapporti tra censura e letteratura siano assai complessi, e che la censura ibrida lo stesso processo della scrittura, è stato messo in evidenza proprio con riguardo a Flaubert da OLMSTED, *The Censorship Effect: Baudelaire, Flaubert, and the Formation of French Modernism*, Oxford, 2016, 14 ss. («il valzer della censura»).

ge la difesa a giocare una partita truccata e a vincerla, ma soltanto perché il compromesso tra forze opposte si riproduce all'interno dello stesso testo giudiziario.

## **8. Flaubert 2. La sentenza: una condanna che assolve, e viceversa. Frammento di raccontino *horror*: Flaubert all'abilitazione scientifica nazionale. Morale della storia: il testo giuridico è ciò che agisce, salvasse il diritto, non amate i censori**

Leggiamo la sentenza, e capiremo.

Atteso che Laurent Pichat, Gustave Flaubert e Pillet sono accusati di aver commesso il reato di oltraggio alla morale pubblica e religiosa e al buon costume; il primo, in qualità di autore [del delitto, non dell'opera, *n.d.t.*], pubblicando nel periodico intitolato: la *Revue de Paris*, di cui è direttore, e nei numeri del 1° e 15 ottobre, 1° e 15 novembre, 1° e 15 dicembre 1856, un romanzo intitolato: *Madame Bovary*; Gustave Flaubert e Pillet, come complici, l'uno fornendo il manoscritto e l'altro stampando il suddetto romanzo;

Atteso che i passi particolarmente citati nel romanzo in questione, che contiene quasi 300 pagine, sono contenuti, secondo l'ordinanza di rinvio al Tribunale correzionale, alle pagine 73, 77 e 78 (n. del 1° dicembre), e 271, 272 e 273 (n. del 15 dicembre 1856);

Atteso che i passaggi incriminati, considerati astrattamente e isolatamente, contengono in effetti espressioni, immagini o quadri che il buon gusto disapprova e che sono suscettibili di offendere la legittima e onorabile sensibilità;

Atteso che le stesse osservazioni possono essere applicate precisamente ad altri passaggi non definiti dall'ordinanza di rinvio e che, a prima vista, sembrano presentare l'esibizione di soggetti che sarebbero non meno contrari ai buoni costumi, alle istituzioni, che sono alla base della società, al rispetto dovuto alle più auguste cerimonie del culto;

Atteso che per questi diversi motivi l'opera sottoposta alla Corte merita un severo rimprovero, perché la missione della letteratura deve essere quella di ornare e ricreare lo spirito, elevando l'intelligenza e purificando la morale, ancor più che quella di instillare il disgusto per il vizio, offrendo un quadro dei disordini che possono esistere nella società;

Atteso che gli imputati, e Gustave Flaubert in particolare, respingono vigorosamente l'accusa mossa contro di loro, sostenendo che il romanzo sottoposto al giudizio del Tribunale ha uno scopo eminentemente morale; che lo scopo principale dell'autore era quello di esporre i pericoli derivanti da un'educazione non adeguata all'ambiente in cui si deve vivere e che, nel perseguire questa idea, ha mostrato la donna, protagonista del suo romanzo, aspirare a un mondo e a una società per cui non era fatta, infelice della modesta condizione nella quale il destino l'aveva posta, prima dimenticando i suoi doveri di madre, poi venendo meno ai suoi doveri

di moglie, introducendo di seguito nella sua casa l'adulterio e la rovina, e finendo miseramente nel suicidio, dopo aver attraversato tutti i gradi della più completa degradazione ed essere scesa fino al furto;

Atteso che questo fatto, indubbiamente morale in linea di principio, avrebbe dovuto essere integrato nei suoi sviluppi da una certa severità di linguaggio e da un sobrio riserbo, in particolare per quanto riguarda l'esposizione delle scene e delle situazioni che il progetto dell'autore poneva sotto gli occhi del pubblico;

Atteso che non è consentito, con il pretesto di dipingere il carattere o il colore locale, riprodurre nelle loro declinazioni i fatti, le parole e i gesti dei personaggi che lo scrittore si è assunto il compito di dipingere; che un tale sistema, applicato alle opere dello spirito come alle produzioni delle belle arti, condurrebbe a un realismo che sarebbe la negazione del bello e del buono e che genererebbe opere ugualmente offensive per l'occhio e per la mente, commettendo continui oltraggi alla morale pubblica e al buon costume;

Atteso che esistono limiti che la letteratura, anche la più leggera, non deve superare, e dei quali Gustave Flaubert e gli altri imputati non sembrano essere stati sufficientemente consapevoli.

Immaginate di essere in aula ed ascoltare quello che avete appena letto. Non vi sentireste già in prigione? Attenzione adesso:

Ma atteso che il lavoro di cui Flaubert è autore è un'opera che sembra essere stata elaborata a lungo e seriamente, sia dal punto di vista letterario che da quello dello studio dei personaggi; che i passaggi rilevati dall'ordinanza di rinvio, per quanto riprovevoli, sono poco numerosi se li si confronta con la portata dell'opera; che questi passaggi, sia nelle idee che espongono sia nelle situazioni che rappresentano, fanno parte dell'insieme dei personaggi che l'autore ha voluto ritrarre, esagerandoli e caricandoli di un realismo volgare e spesso scioccante;

Atteso che Gustave Flaubert proclama il suo rispetto per i buoni costumi e per tutto ciò che è legato alla morale religiosa; che non sembra che il suo libro sia stato scritto, come certe opere, al solo scopo di dare soddisfazione alle passioni sensuali, allo spirito di licenza e dissolutezza, o di mettere in ridicolo cose che devono essere circondate dal rispetto di tutti;

Che ha sbagliato solo nel perdere talvolta di vista le regole che ogni scrittore che si rispetti non deve mai infrangere, e nel dimenticare che la letteratura, come l'arte, per raggiungere il bene, che è chiamata a produrre, non deve solo essere casta e pura nella forma e nell'espressione;

In queste circostanze, atteso che non è stato sufficientemente dimostrato che Pichat, Gustave Flaubert e Pillet sono colpevoli dei reati di cui sono accusati;

La Corte li assolve dalle accuse mosse contro di loro e li libera dalle spese<sup>47</sup>.

Assolti.

Anche noi giuristi sappiamo essere critici letterari. Abbandonate ogni ipocrisia e immaginate con me che questa non sia una sentenza sgangherata (contro la quale il pubblico ministero non fece appello!), ma un bel giudizio in un concorso a professore. Il dott. Flaubert concorre ad una cattedra ed il suo titolo è *Madame Bovary*. Voi leggete questo giudizio, che lo abilita. Cosa pensate? Siate sinceri!

\*\*\*

Vi tolgo dall'imbarazzo: pensereste che il commissario che lo ha redatto si fosse presentato alla riunione della commissione di concorso con una bella bocciatura scritta di tutto punto. Poi in consiglio sarà successa una di quelle cose (*il tuo... il mio... bla bla*) che non si raccontano per rispetto dei buoni costumi (e per timore del codice penale – e dei magistrati che, al pari di Pinard coi letterati, non hanno alcun dubbio di poter insegnare ai ricercatori come si fa e si valuta la ricerca) *et voilà*.

Molto bene. Adesso immaginate che un altro candidato, bocciato con un giudizio analogo nella prima parte, si rivolga al Tribunale amministrativo con uno di quei ricorsi che hanno fatto tanti patrimoni di tanti avvocati (anche di taluni professori avvocati, ovviamente: di quelli che non ci pensano due volte ad impallinare colleghi). Che accadrebbe? Il vizio sarebbe palese: come si fa a dire che il romanzo è obbiettivamente immorale e poi assolvere l'imputato, perché in fondo è una brava persona (capiamo allora invece perché Baudelaire, con la sua vita disordinata, era spacciato), peccato sia un ingenuotto che non si rende conto di aver violato le regole dell'arte, regole che i giudici danno mostra di conoscere perfettamente e di poter insegnare agli artisti picchiatelli? Torniamo al nostro esempio, e quindi: come si fa a bocciare il candidato *dott. Non-Flaubert*, se con un giudizio analogo si è promosso il candidato *dott. Flaubert*, perché, se è vero che il titolo presentato al concorso da quest'ultimo ha difetti tali da renderlo oggettivamente privo delle giuste qualità, nondimeno il candidato è una brava persona? Il Tar annulla la bocciatura di *Non-Flaubert*. Andiamo avanti. Dopo (o durante) il processo amministrativo parte una bella inchiesta penale, sostenuta da una campagna di stampa contro i baroni... e mi fermo, perché la storia sta diventando *horror*...

\*\*\*

Un testo giuridico è ciò che agisce, non ciò che meramente significa.

---

<sup>47</sup> FLAUBERT, *Madame Bovary*, ed. Chevalier 1879, cit., 68 ss.; PINARD, *Ceuvres judiciaires*, I, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1885, 155 ss. Cfr. anche l'edizione della *Pléiade*: FLAUBERT, *Ceuvres*, I, édition établie et annotée par A. Thibaudet et R. Dumesnil, Paris, 1951, 681 ss.



Corre voce, e sono molto propenso a credere che sia andata così, che la condanna di Flaubert e soci fosse già scritta e solo un intervento *in extremis* di Napoleone III, sollecitato dal potente avvocato difensore Senard, abbia mutato le carte all'ultimo minuto<sup>48</sup>. Un filologo o un romanista esperto di interpolazioni non ci metterebbe molto a ricostruire il testo originario della condanna (il *ma* avversativo, che introduce la parte assolutoria, nella quale permane tuttavia il riferimento al «*realismo volgare*» e «*scioccante*»; «*considerati astrattamente e isolatamente*» al secondo capoverso è instintivo, poiché stride con quanto segue e precede e così via).

Flaubert fu contento dell'assoluzione, ripeteva a se stesso che il suo era un «affare politico», nulla gli importava di cosa i magistrati pensassero della qualità delle sue opere<sup>49</sup>; ma se un recensore avesse scritto di lui quello che abbiamo appena letto nella sentenza, con quanta furia avrebbe reagito?

Questa non è una sentenza; è una concessione di grazia in forma di sentenza; è il compromesso tra la moralità filisteica, incarnata nell'istituzione giuridica, e il peso della protesta nella comunicazione sociale, protesta che il potere costituito percepisce (in un momento specifico e rispetto alla posizione sociale dell'imputato) come perturbamento della propria legittimazione. L'avvocato Senard – abbia o meno saputo ben giocare le sue carte politiche – si è certo ben servito di quelle giuridiche: ha giocato il diritto (soggettivo) contro il diritto (oggettivo).

L'accusatore Pinard quindi non *legge meglio*, al contrario: non capisce (né vuole né può) proprio quello che i suoi laudatori oggi vorrebbero cogliere nelle sue parole. Essi trascurano il contesto e le funzioni delle sue interpretazioni: Pinard non vuole capire, vuole sussumere il discorso artistico sotto quello giuridico: egli *legge dall'alto*, sottomettendo<sup>50</sup>. Esercita la violenza della repressione legale, la sottomissione di ogni discorso al discorso giuridico<sup>51</sup>. La sottomissione del discorso artistico al discorso del giudice affascina al-

<sup>48</sup> La fonte principale è il bel capitolo dedicato a Flaubert («*Madame Bovary. Logiques de la censure*») nel lavoro di Yvan LECLERC, *Crimes écrits. La littérature en procès au XIXe siècle*, Paris, 2020, 119-203 e spec. 167-170: la fonte principale è Maurice Dreyfous (da non confondere con il capitano Alfred Dreyfus – l'*affaire* è di molti anni dopo, dal 1894 in poi), coeditore con Charpentier (presso quest'ultimo comparirà l'edizione definitiva di *Madame Bovary*). Ad anni di distanza dai fatti, Dreyfous racconta che la condanna a due anni di reclusione fosse già stata scritta, e che il verdetto fu rovesciato soltanto per l'intervento presso Napoleone III dell'avvocato Senard (il quale avrebbe informato dei disordini e dei dissensi elettorali che si sarebbero verificati nella regione di Rouen, ove il padre di Flaubert era molto influente). Leclerc dubita molto della veridicità integrale del racconto di Dreyfous, ma, egli aggiunge, vera o falsa che sia la storia del colloquio con Napoleone III, è certo che Flaubert abbia goduto di significative protezioni politiche (*ivi*, 169).

<sup>49</sup> LECLERC, *o.u.c.*, 164 ss.

<sup>50</sup> Sempre Leclerc, giustamente, osserva: «Que la politique ne soit pas absente d'un procès littéraire, et de celui de *Madame Bovary* en particulier, c'est évident, mais il faut, me semble-t-il, lui rendre sa spécificité de procès littéraire, au sens où Flaubert donne à l'art le rôle d'un pouvoir et d'un contre-pouvoir absolus»: LECLERC, *o.u.c.*, 170, corsivi originali.

<sup>51</sup> Un'analisi finissima delle letture di Senard e Pinard, difesa e accusa, nel libro di Leclerc, che così conclude sul punto: «Au fond, Flaubert est jugé pour n'avoir pas jugé ses personnages dans le

cuni critici per effetto di una falsa analogia dello sguardo: anche i critici si sentono un po' giudici dell'opera d'arte: ma istituzioni, contesto, lettori modello, destinatari sono incommensurabili.

Nello scontro con le istituzioni giuridiche i letterati vedono forse un destino ineluttabile, una sorta di punto di onore (di tradizione tardo romantica) dello scandalo, quasi fosse un certificato di qualità dell'opera<sup>52</sup>. In questo scontro un giurista che si sia rivolto alla letteratura come terapia della spocchia è ben lontano dal masochismo critico "parlami male, dimmi la brutta verità, dimmi che sono malattia sociale, fammi godere così". Il male è nel totalitarismo discorsivo che il diritto instaura<sup>53</sup>.

### 9. Flaubert 3. Fenomenologia del giurista tutto d'un pezzo, e del suo diritto. Pinard racconta il processo a Flaubert e fa pasticci, a suo favore

Pinard, sotto il Secondo Impero, fece la sua bella carriera. Dopo essere andato a caccia di romanzieri e di poeti nel 1857, l'anno seguente, per «servizio eccezionale», è decorato con la legione d'onore<sup>54</sup>; sarà poi in pochi anni procuratore generale di Corte d'appello, Consigliere di Stato e Ministro dell'Interno (1867). Come capita a molti magistrati che fanno carriera e finiscono in politica, le stesse qualità che li portano ad ascendere nelle corti li lasciano affogare nell'arena politica: resterà in carica infatti soltanto un anno. Poi, con la caduta di Napoleone III, Pinard fu politicamente spacciato. Ma del suo destino professionale nulla ci importa.

Interessa invece cogliere le sue condotte successivamente alla sconfitta (assai parziale, in fondo) con Flaubert. Pinard pubblicherà tre volumi di diari (*Mon Journal*) e due di *Opere giudiziarie*, nelle quali, a distanza di tempo, rievoca e celebra se stesso. Nessuna ombra di autocritica: il procuratore è tutto d'un pezzo come il Dover essere che incarna.

---

livre; il comparait dans un prétoire pour n'avoir pas transformé son livre en tribunal, pour n'avoir pas introduit dans le cercle yonvillais un héros pinardesque qui tracerait la ligne de démarcation entre le vice et la vertu. C'est parce que l'auteur est absent de son livre qu'on le convoque au tribunal. Il se cache dans son roman : la société l'oblige à se montrer en public»: LECLERC, *Crimes écrits*, cit., 187.

<sup>52</sup> «Ogni moralista serio avrà sempre ragione contro un romanzo: ci saranno sempre dei lati di violenza, di nichilismo, di stupidità che un romanzo, coscientemente o no, riuscirà a valorizzare e che alla società non fanno bene. Ma ogni moralista avrà torto se penserà di abolire il piacere del male e la sua necessità; formalizzarlo in fantasie ben temperate sarà sempre meglio che lasciarlo agire empiricamente e senza controllo»: SITI, *Il romanzo sotto accusa*, cit., 157 (il passo è ricordato anche da RIZZO, *Censura come critica letteraria*, cit., testo alla nota 19). Ma la letteratura non è soltanto sfogo di pulsioni socialmente non altrimenti rappresentabili senza repressione; le pulsioni non sono sfogate, sono rappresentate, vale a dire comunicate come complessità irrisolvibile nel chiuso della forma.

<sup>53</sup> Ed infatti Donato non cade affatto in questa trappola; la sua lettura del processo è giustamente politico-sociale: CARUSI, *Sua maestà legge*, cit., 174.

<sup>54</sup> PINARD, *Mon Journal*, I, Paris, 1892, 59.

Ha ragione e basta. Non è questione di carattere individuale; egli incarna un carattere istituzionale: il modo nel quale la soggettività giudicante-sottomettente costituisce se stessa nei processi di giudizio. Taluni dati chiariranno il punto.

Flaubert portò uno stenografo in tribunale, il quale trascrisse la requisitoria di Pinard; quando nell'edizione del 1879 di *Madame Bovary* Flaubert accluse gli atti del processo (a ventidue anni di distanza dai fatti), ebbe quindi a disposizione il testo dell'arringa difensiva, consegnatogli da Senard (ben contento della bella figura che fece), la sentenza (ovviamente pubblica) e la trascrizione stenografica della requisitoria di Pinard, il quale si lamentò della cosa e disconobbe il testo non autorizzato, pubblicando la propria versione soltanto sei anni dopo, nel 1885, nel primo volume delle sue *Opere giudiziarie*<sup>55</sup> (a ventotto anni di distanza). In queste condizioni l'unico testo che rispecchia effettivamente cosa accadde nel 1857 è la sentenza; sugli altri tre (il testo dell'arringa, le due versioni della requisitoria) sarebbe lecito sospettare revisioni o fraintendimenti: tuttavia la sostanziale concordanza delle due versioni della requisitoria di Pinard, ci consente di preoccuparci d'altro.

È soprattutto il modo con il quale Pinard scrive di se stesso a mettere in mostra tutta l'ossessione proprietaria scritturale che affligge il giudicante secondo diritto (signorie del testo). L'edizione del 1885 della requisitoria di Pinard premette un carteggio assai acido tra lui stesso e Maxime Du Camp, ormai accademico di Francia e vecchio amico di Flaubert (il quale era invece morto nel 1880). A leggere questa storia sembra di scorrere le cronache dei nostri giorni che raccontano le polemiche indispettite tra giudici e giudicati ad anni di distanza dai loro giorni di gloria.

Questi i fatti. Nel 1882 un altro grande della letteratura, Émile Zola, sta pubblicando a puntate su un giornale, *Le Gaulois*, uno dei suoi tanti romanzi (*Pot-Bouille*, in italiano tradotto con *Quel che bolle in pentola* o *Dietro la facciata*). Un avvocato ritiene di riconoscersi in un personaggio che porta il suo nome e ne chiede la cancellazione; Zola lo ignora, si celebra il processo, Zola perde<sup>56</sup>. Secondo le regole della nascente società mediologica, Zola si difende non soltanto in aula, ma scrivendo sui giornali. L'8 febbraio inizia il processo; il 9 pubblica una lettera su *Le Gaulois*, nella quale ricorda la requisitoria di Pinard contro Flaubert, definendola «*impérissable drôlerie*» (grottesco intramontabile)<sup>57</sup>. Il 15 febbraio la sentenza; e lo stesso giorno (fremeva in attesa della fine del processo) Pinard scrive all'avvocato di Zola, lamentandosi della definizione; soprattutto disconosce quel resoconto stenografico, pubblicato nella *Madame Bovary* del 1879 senza il suo consenso. *Le Gaulois*, ormai lieto

<sup>55</sup> PINARD, *Œuvres judiciaires*, I, cit., 125 ss.

<sup>56</sup> NJIAR, *Le censeur de Baudelaire*, cit., cap. XXXII; cfr. anche, ma non su *Pot-Bouille*, DISEGNI, *Zola à l'épreuve de la censure d'État et de l'Index*, in *Mefrim*, 121 (2009), 2, 427 ss.

<sup>57</sup> ZOLA, *Lettera a Elie de Cyon*, 9 febbraio 1882, in ID., *Correspondance. Les lettres et les arts*, Paris, 1908 (online in <https://www.gutenberg.org/files/56622/56622-h/56622-h.htm>): «M. Rousse a osé parler du procès fait à *Madame Bovary*: ignore-t-il donc que le réquisitoire de M. Pinard, où il semble avoir pris ses phrases sur notre littérature contemporaine, est devenu un document d'impérissable drôlerie?» (direi che anche Zola reagirebbe male agli entusiasmi contemporanei per le ermeneutiche censorie).

della pubblicità che tutto ciò porta al giornale, pubblica la lettera. Ernest Pinard è l'ombra del potente che fu, pressoché ritirato a vita privata, isolato nella Terza Repubblica francese. E dalle ceneri della propria giovinezza avventurosa, Maxime du Camp insorge, e pubblica a propria volta su *Le Gaulois* una lettera nella quale si dichiara pronto a confermare sotto giuramento la piena corrispondenza del resoconto stenografico con quanto effettivamente pronunciato da Pinard nel 1857. I due vanno avanti a duellare per qualche lettera<sup>58</sup>; tre anni dopo Pinard pubblica finalmente la sua versione della requisitoria contro Flaubert.

Pinard vuol confermare se stesso nell'irreprensibilità testuale dei suoi atti di giurisdizione, ma ha una memoria imprecisa e selettiva. Nelle *Opere giudiziarie* non inserisce né la requisitoria contro Baudelaire (perché la legge del tempo, asserisce, proibiva la pubblicazione)<sup>59</sup> né quella contro Eugène Sue. Nel suo diario, scritto ancora più avanti, nel 1892, racconta i fatti così:

A quel tempo eravamo ancora in un periodo di grande severità, sia nei confronti degli amici che degli avversari. Il sostituto [procuratore], incaricato di esaminare libri e giornali, nel servizio centrale, aveva segnalato che *Madame Bovary* doveva essere perseguita. Cordoën, il procuratore imperiale, aveva condiviso questa opinione, e la citazione era stata fatta davanti alla Camera Correzionale, dove io sedevo come sostituto procuratore. Il caso appariva delicato a Cordoën; egli insistette per spiegarmi i motivi della sua decisione. «Il romanzo di Madame Bovary – mi disse – rivela un autentico talento; ma la descrizione di alcune scene oltrepassa ogni misura; se chiudiamo gli occhi, Flaubert avrà molti imitatori, che andranno

<sup>58</sup> PINARD, *Œuvres judiciaires*, I, cit., 127-131.

<sup>59</sup> Si attribuisce la responsabilità della scelta il curatore della raccolta, Charles Boullay: BOULLAY, *Préface*, in PINARD, *Œuvres judiciaires*, I, cit., XXI. La requisitoria contro Baudelaire fu pubblicata poco dopo nella *Revue des grands procès contemporains*, III (1885), 367-387. Nella premessa – immaginiamo attribuibile al curatore della rivista, Gaston Lèbre – non mancano accenti delicati verso Baudelaire: egli avrebbe fatto bene a non pubblicare apologie dopo la condanna, perché «il suo libro, infatti, da solo annulla tutte le condanne e giustifica l'orgoglio del suo silenzio. La bellezza unica della sua opera giustifica persino l'impudenza delle sue battute» (o.u.c., 367 s.). Molta acqua era passata sotto i ponti, anche un giurista che scrive per giuristi elogia Baudelaire. Ma bisogna dare qualcosa anche a Pinard: poche righe dopo, leggiamo: «Prima dell'udienza, Baudelaire si era recato nello studio del sostituto procuratore Pinard e, in piena buona fede, aveva espresso il suo stupore, esponendo candidamente una teoria artistica che Pinard non poteva condividere. Almeno l' "organo della procura" era convinto dell'assoluta sincerità dell'uomo di cui voleva ottenere la condanna, e la sensazione di lealtà letteraria dell' "imputato" spiega il tono, moderato per l'epoca, della sua requisitoria» (ivi, 377). Che quadretto edificante! Il povero poeta chiede poetica comprensione; l'austero giurista soffre nel non potergliela concedere, imprigionato nel suo ruolo di comminare le prigioni. In effetti Baudelaire – a differenza di Flaubert, che sempre lo disprezzò – indicò nel 1866 Pinard tra i destinatari della raccolta poetica *Les Épaves* (I relitti), nella quale incluse anche i componimenti che il tribunale aveva censurato. Provocazione o amore del censore? Chissà: cfr. NAJJAR, *Le censeur*, cit., cap. VIII. Povero Baudelaire, viveva da bohémien, doveva amare il nemico, non aveva alle spalle la famiglia di Flaubert.

ancora più giù per questo declino; poi la *Chambre Correctionnelle* ha appena condannato *Les Fleurs du Mal* di Baudelaire; ha inflitto un'ammenda all'autore e ordinato la soppressione di alcuni passaggi. Se ci asteniamo, si dirà che risparmiamo i forti e i capiscuola, che siamo indulgenti con i nostri e inflessibili con gli avversari». Baudelaire, infatti, aveva molti amici nel campo repubblicano; Flaubert era un ospite fisso e celebrato nei salotti della principessa Mathilde.

Poiché Cordoën mi vedeva esitante, da uomo che non interferisce mai con la libertà dei suoi collaboratori, si offrì di spostare il caso a un giorno diverso da quello in cui ero di turno in Procura, o di sostituirmi in quel giorno.

Ero certo che, in caso tanto di assoluzione quanto di condanna, il sostituto che avesse sostenuto l'accusa sarebbe stato trattato molto male; ma, dopo aver esaminato il libro, non ho accettato l'offerta del mio capo. Se l'accusa era inopportuna, era fondata sullo stretto diritto; potevo sostenerla senza ledere la mia coscienza. Cedere il passo a un altro, perché il compito era ingrato, perché avrebbe attirato attacchi facilmente prevedibili, sarebbe stato venire meno alla mia dignità. Non l'avevo mai fatto e non volevo iniziare. Sono andato in udienza e non me ne pento. [... (Segue la storia dello stenografo, n.d.t.)]

Il tribunale, che aveva condannato Baudelaire, assolse Flaubert. Consultato sull'opportunità di un appello, fui del parere di attenermi alla prima sentenza, che criticava i passaggi incriminati pur senza riconoscere che costituissero un reato. La Procura aveva additato la nuova direzione intrapresa dal romanzo. Il dovere era compiuto: bisognava guardarsi da un'assoluzione più clamorosa. L'appello non fu presentato<sup>60</sup>.

Prosa classicheggiante e classicisticamente mistificatrice. Nelle 1109 pagine che occupano i tre volumi pubblicati del suo diario, questo è tutto quanto si legge dei processi contro la letteratura del 1857 – così determinanti per la sua carriera, l'unica ragione per la quale Pinard sarà sempre ricordato. E per di più ciò che si legge serve soltanto a confondere. Andiamo con ordine. Evidente l'inversione delle date: il processo a Flaubert precede e non segue quello a Baudelaire (come prima evidenziato). Pinard sta scrivendo nel 1892, molto tempo dopo i fatti (1857), ma è del tutto inverosimile che non ricordi un dato così significativo. Tanto più che la strategia fallimentare con *Madame Bovary* (chiedere la censura totale), gli suggerirà, con ogni evidenza, l'approccio diverso de *Les Fleurs du Mal* (soppressione di sole sei poesie 'oscene')<sup>61</sup> – con Eugène Sue, invece, Pinard tornò alle richieste distruttive, ottenendole: ma Sue era morto, era socialista, era assai malvisto dal potere costituito, si poteva colpire duramente l'opera di un sovversivo.

<sup>60</sup> PINARD, *Mon Journal*, I, cit., 55-57.

<sup>61</sup> Analizza con attenzione le strategie di Pinard nei due processi OLMSTED, *The Censorship Effect*, cit., 102 ss.

Tutto ciò rende assolutamente inverosimile il racconto del dialogo con Cordoën; e qui la memorialistica di un ex procuratore va analizzata con gli strumenti della critica letteraria. a) *La prudenza e l'equilibrio dei magistrati*: sereno e grave il Procuratore Capo Cordoën (sempre giusto e generoso coi sottoposti, pronto a liberarli da processi scomodi), disposto a riconoscere i meriti artistici di Flaubert (e vorrei vedere come scrivere diversamente nel 1892!), quasi dolente di dover agire; b) *la teoria del piano inclinato* (ovvero del “dove andremo a finire”): bisogna punirne uno, pur se sostanzialmente buono, per educarne cento, sostanzialmente cattivi – tutti coloro che, se Flaubert la facesse franca, riempirebbero la letteratura francese di pornografie; c) *la retorica dell'imparzialità*: si agisce contro Flaubert soltanto affinché non si dica che si condannano i deboli (il *bohémien* repubblicano Baudelaire molto debole per gli accusatori, sudditi del Secondo Impero di Napoleone III) e si è indulgenti con i forti (con tanto di insinuazione sui buoni rapporti di Flaubert con la «Principessa Mathilde»: vale a dire con Matilde Bonaparte, cugina di Napoleone III, animatrice di un salotto letterario parigino)<sup>62</sup> – questa falsificazione (prima Baudelaire, poi Flaubert) è essenziale a mantenere la retorica dell'imparzialità; d) *la malinconia di punire*: mai mostrare soddisfazione nell'infliggere la pena al condannato – che non si parli di vittoria, si dica solo che ha trionfato la (propria) Legge – non si può dare l'immagine di un combattimento tra pari; e) *l'eroismo istituzionale*: Pinard mostra di essere consapevole delle critiche che gli piovono addosso (ma l'anno seguente riceverà da Napoleone III la Legion d'onore per «meriti eccezionali»), tuttavia accetta egualmente l'incarico: tutto il fervore censorio, tutta la violenza categoriale nella lotta contro le sconcezze della nuova letteratura sono occultate sotto il velo della identificazione istituzionale – Pinard assume il compito, perché *egli è l'istituzione*, *egli pensa* il pensiero dell'istituzione, costi quel costi: essere tutti d'un pezzo è l'unico modo per essere ‘degni’: l'istituzione giuridica si concepisce come mai autoriflessiva, una volta che la procedura sia corretta; f) *l'autocelebrazione* (ogni processo un successo): Pinard perde e tuttavia non fa appello, non perché teme di perdere ancora peggio (senza reprimenda dell'autore, come abbiamo visto poco sopra) – confessarlo sarebbe poco eroico, troppo umanamente soggettivo, troppo lontano dalla retorica dell'uomo-istituzione – ma perché aveva avuto la sua vittoria, ovvero denunciare la strada di perversione per la quale si stava avviando il romanzo moderno (e forse perché Napoleone III desiderava che non si parlasse più di *Madame Bovary*).

<sup>62</sup> Anche in tal caso Pinard confonde la memoria o confonde il lettore: Flaubert – avverte Yvan Leclerc – frequenterà il salotto della Principessa soltanto a partire dal 1863, ma ciò non toglie che egli avesse davvero entrate di alto livello: LECLERC, *Crimes écrits*, cit., 170.

## 10. Flaubert 4. Pinard pornografo maldestro? Flaubert invisce contro i magistrati. Il conflitto tragico di due discorsi che, sussumendosi a vicenda, vicendevolmente si ignorano

Poveri giuristi, come siamo stati severi! Pareggiamo i conti: non c'è soltanto la spocchia del diritto; c'è purtroppo, talvolta, anche la spocchia della letteratura.

Nell'estate del 1877 Flaubert riceve una lettera che lo fa fremere di soddisfazione. Erano passati vent'anni dal processo, Pinard, lo sappiamo, non era più il potente di un tempo. La sua carriera politica era finita: la guerra franco-prussiana e la fine del Secondo Impero lo avevano tolto dalla scena. Di lui si sapeva che ogni domenica andava a messa a Notre-Dame. Andava lì anche una vedova, che Pinard assisteva per una vicenda di captazione ereditaria. La vedova aveva nella cattedrale un suo inginocchiatoio. Purtroppo, anche lei morì prematuramente, e non lesse mai dei foglietti che Pinard (si dice) fece scivolare lì nel sacro arredo in Notre-Dame. Su quei foglietti erano scritti versi osceni<sup>63</sup>.

Questo riferisce a Flaubert una sua amica, Edma Roger des Genettes<sup>64</sup>: il censore poeta pornografo! Flaubert impazzisce di gioia. Prima esita, incredulo, troppo bello per essere vero<sup>65</sup>:

Come è mal organizzato tutto in questo mondo! – E quanto è bello sognarne di migliori! Comunque, ringrazio la Provvidenza per le poesie oscene del signor Pinard!  
– *la cosa non mi sorprende affatto*<sup>66</sup>.

Poi – è il verso del primo foglio della lettera – Flaubert appone una piccola crocetta. Deve aver avuto un dubbio; alla fine della lettera (*verso* del secondo foglio) aggiunge:

ma ne siete proprio sicura? Chi ve l'ha detto?

<sup>63</sup> SALVATERRA, *Magistrat austère ou poète licencieux. Ernest Pinard, avocat impérial*, in *Visages de l'Ain*, 12 (1959), n. 46, 36 ss.; EAD., *Le Sieur Pinard, ministre intègre ou poète grivois*, in *Les Amis de Flaubert*, 14 (1959), 5 ss. Queste poesie non furono mai ritrovate; e Flaubert, che anche in una lettera successiva insiste per poterle ricevere, non le ha mai viste. Diceria o verità? Non lo sapremo mai. Alexandre Njjar, nella sua biografia di Pinard, propende per la verità dell'episodio, corroborandolo con testimonianze successive, nelle quali si osservava che Pinard, malgrado il proprio esteriore integralismo religioso, avesse sovente atteggiamenti fin troppo galanti con le donne: NJJAR, *Le censeur de Baudelaire*, cit., cap. XXI (il che, aggiungiamo, sarebbe perfettamente coerente con il bennpensantismo tartufesco e il maschilismo egemonico).

<sup>64</sup> DAVI, *Edma Roger des Genettes*, in LE CALVEZ (cur.), *Dictionnaire Flaubert*, Paris, 2017, 985 ss.

<sup>65</sup> È possibile adesso leggere la corrispondenza di Flaubert nella magnifica edizione online pubblicata dal *Centre Flaubert*, che consente la visione degli originali (visione gratuita, è bene ricordarlo ed elogiarlo) con trascrizione a fronte: G. FLAUBERT, *Lettera a Edma Roger des Genettes*, 3 agosto 1877, <https://flaubert-v1.univ-rouen.fr/jet/public/correspondance/trans.php?corpus=correspondance&id=12827&mot=&action=M>.

<sup>66</sup> Il corsivo rende la sottolineatura originale.

È uno scrupolo di passaggio. La lettera, sempre al *verso* del primo foglio, continua senza pietà:

Non c'è nulla di più immondo dei magistrati<sup>67</sup>.

La loro geniale<sup>68</sup> oscenità deriva dall'abitudine di indossare la toga. Lo stesso vale per gli ecclesiastici. *Tutti coloro che si considerano al di sopra del livello umano*<sup>69</sup>, capitombolano al di sotto.

[...]

E pensare che Pinard si indignava per le descrizioni della Bovary! – *Che abisso è l'imbecillità umana!* – Sapevate che Treilhard, il mio giudice istruttore, era diventato completamente rimbambito! Esiste forse una giustizia divina? – Inoltre, tutti i processi alla stampa, tutti gli impedimenti al pensiero, mi stupiscono per la loro profonda inutilità. L'esperienza dimostra che non sono mai serviti a nulla! – Non importa: non ci si stanca mai. *La Stupidità è naturale per il Potere.* – Odio freneticamente questi idioti che vogliono schiacciare la Musa sotto i tacchi dei loro stivali. Con un guizzo delle sue piume, essa spacca loro la faccia e sale in cielo. – Ma questo crimine, che è la negazione dello Spirito Santo, è il più grande dei crimini. E forse l'unico crimine?<sup>70</sup>.

*Bêtise, sottise* nell'originale francese: bestialità, imbecillità, stupidità. Il potere è stupido, d'accordo; la toga è oscena, proclama Flaubert, la superbia del giudicare fa precipitare nella disumanità chiunque. Ma questo vale anche per il potere letterario. Anche la letteratura ha le sue istituzioni, le procedure, i riti, gli officianti, i giudicanti e i giudicati. Non si tratta quindi di contrapporre un discorso della libertà artistica, storicisticamente trionfante, ad un discorso della sottomissione imbecille, proprio del diritto. La scrittura, l'arte di Flaubert sarebbe incomprensibile, né si sarebbe formata, di là dallo specchio della censura, dalle introiezioni normative nelle condotte sociali, dalla inarrestabile ibridazione di discorsi, dei quali quello giuridico e quello letterario sono soltanto una minima parte dell'autopoiesi del sistema sociale.

<sup>67</sup> Nell'autografo era scritto originariamente «della magistratura», poi corretto.

<sup>68</sup> Per un curiosissimo refuso nella biografia di Pinard scritta da Alexandre Njjar, *o.u.c.*, cap. XXXI, si legge «oscenità *genitale*» – troppo, persino per un infuriatissimo Flaubert. Il riscontro dell'autografo non lascia dubbi: «*geniale*».

<sup>69</sup> Cancellato: «dell'Umanità».

<sup>70</sup> Corsivi aggiunti.



## 11. *Flaubert 5. Il maschilismo giuridico di Pinard vuol fare piegare la testa a Madame Bovary. Si censura, ma non si pente. Letteratura come educazione a considerare una pluralità inconciliabile di funzioni regolative*

La lettura censoria di un giurista e la lettura disgustata di un letterato sono il punto più tragico di frizione di questi due sistemi di conoscenza. Pensino i letterati a curare la letteratura; ma i giuristi, che raccolgano fino in fondo l'invito che Donato amabilmente rivolge a rieducarci letterariamente, cosa possono fare?

Il diritto vuole avere ragione e ne vuole avere una sola, pretende di sciogliere la complessità in una sola soluzione, l'artista non lo può fare. Siamo quindi arrivati al punto: complessità, irrisolvibilità dei valori. Non possiamo soltanto dire a uno studente di giurisprudenza: *“leggi molti romanzi che ti fa bene”* – altrimenti Donato non avrebbe scritto questo libro, ma il suo libro ci convince che, leggendo molti romanzi, o semplicemente andando anche al cinema, o anche al teatro (ogni forma rappresentativa può avere dignità culturale, dai fumetti ai videogiochi), apprendiamo la necessità dell'intreccio insolubile: quello che facciamo come giuristi è bene ma è anche male; è giustizia, ma è anche violenza. Lo sguardo artistico sulle vicende, che il diritto giudica, illumina impietosamente la spocchia del diritto. Come compensarla, come castigare la sua presuntuosità, l'essere presuntuoso del diritto? In un solo modo: con l'umiltà del giurista.

Noi giuristi dobbiamo essere umili, proprio perché amministrano un discorso che è l'esatto opposto dell'umiltà; e altri sistemi discorsivi, primo fra tutti la letteratura (perché ha alle spalle secoli di tradizione: magari domani avremo altre forme di scuola dell'umiltà, ma per ora abbiamo questa), la funzione della letteratura per il *giurista* (più che per il *diritto*), è nell'*educazione a considerare una pluralità inconciliabile di funzioni regolative*.

*Madame Bovary* non era stata scritta per proporre una riforma della legislazione sulla punibilità penale dell'adulterio e non ne era neanche un'esaltazione; ricordiamo (si può spoilerare un romanzo famoso? sì, facciamolo): Madame Bovary muore, si avvelena. Esalta l'adulterio, un'adultera che si suicida? Si uccide dopo essere stata presa in giro da uomini assai peggiori di lei: il realismo rappresenta non la moralità, ma un male maggiore dell'adulterio; nulla di consolatorio.

Ecco un passo che rivela bene il patriarcato giuridico amministrato in nome del buon costume. Bisogna bene far piegare la testa a Emma Bovary: Pinard così conclude la sua requisitoria (citiamo entrambe le versioni)<sup>71</sup>:

<sup>71</sup> La *Bibliothèque Pléiade* segue l'edizione Charpentier del 1879: FLAUBERT, *Œuvres*, I, cit., 615 ss.

Pinard, ed. Charpentier 1879, p. 410

Qui peut condamner cette femme dans le livre? Personne. Telle est la conclusion. Il n'y a pas dans le livre un personnage qui puisse la condamner. Si vous y trouvez un personnage sage, si vous y trouvez un seul principe en vertu duquel l'adultère soit stigmatisé, j'ai tort. Donc, si dans tout le livre il n'y a pas un personnage qui puisse lui faire courber la tête, s'il n'y a pas une idée, une ligne en vertu de laquelle l'adultère soit flétri, c'est moi qui ai raison, le livre est immoral!

Pinard, *Œuv. Judiciaires*, I, 1885, p. 153

Qui donc, dans le livre, peut condamner cette femme? Personne c'est là la conclusion; non personne dans le livre ne peut la condamner, si vous y trouvez un seul personnage, ou un principe au nom duquel l'adultère soit flétri, j'ai tort. Mais si dans toute l'œuvre, il n'y a ni ce personnage, ni ce principe, c'est moi, qui ai raison: le livre est immoral.

Serait-ce au nom de l'honneur conjugal que le livre serait condamné? Mais l'honneur conjugal est représenté par un mari béat, qui, après la mort de sa femme, rencontrant Rodolphe, cherche sur le visage de l'amant les traits de la femme qu'il aime (liv. du 15 décembre, p.2891). Je vous le demande, est-ce au nom de l'honneur conjugal que vous pouvez stigmatiser cette femme, quand il n'y a pas dans le livre un seul mot où le mari ne s'incline devant l'adultère.<sup>72</sup>

Serait-ce au nom de l'honneur conjugal que l'adultère serait condamné? Mais l'honneur conjugal est représenté par un mari béat qui, rencontrant Rodolphe après la mort de sa femme, cherche sur le visage de l'amant les traits de la femme qu'il aime toujours. Je vous demande, est-ce au nom de l'honneur conjugal que vous pouvez stigmatiser cette femme, quand, à chaque page du livre, le mari s'incline devant l'adultère?<sup>73</sup>

Un uomo che faccia «piegare la testa a questa donna»: il passo manca nella versione pubblicata da Pinard nelle *Opere giudiziarie*, non ha avuto il coraggio di metterlo per iscritto nel 1885; ma è davvero implausibile pensare ad un'invenzione dello stenografo, che lo ascoltava in aula nel 1857.

Queste le sue conclusioni:

<sup>72</sup> «Chi può condannare questa donna nel libro? Nessuno può. Questa è la conclusione. Non c'è alcun personaggio nel libro che possa condannarla. Se trovate un personaggio saggio, se trovate un singolo principio in virtù del quale l'adulterio sia stigmatizzato, io ho torto. Allora, se in tutto il libro non c'è un personaggio che possa farle piegare la testa, se non c'è un'idea, una frase in virtù della quale l'adulterio sia stroncato, allora ho ragione, il libro è immorale!

Il libro sarebbe condannato in nome dell'onore coniugale? Ma l'onore coniugale è rappresentato da un marito beato che, dopo la morte della moglie, incontrando Rodolphe, cerca nel volto dell'amante i tratti della donna che ama (liv. du 15 décembre, p. 2891). Vi chiedo: è in nome dell'onore coniugale che potete stigmatizzare questa donna, quando nel libro non c'è una sola parola in cui il marito non s'inchini all'adulterio?» (corsivo aggiunto).

<sup>73</sup> «Chi, dunque, nel libro può condannare questa donna? Nessuno, questa è la conclusione; nessuno nel libro può condannarla, se trovate un solo personaggio o un principio in nome del quale l'adulterio è stroncato, mi sbaglio. Ma se in tutta l'opera non c'è né questo personaggio, né questo principio, sono io che ragione: il libro è immorale.

È in nome dell'onore coniugale che si condanna l'adulterio? Ma l'onore coniugale è rappresentato da un marito beato che, incontrando Rodolphe dopo la morte della moglie, cerca sul volto dell'amante i tratti della donna che ancora ama. Vi chiedo: è in nome dell'onore coniugale che potete stigmatizzare questa donna, quando, in ogni pagina del libro, il marito si inchina all'adulterio?».

Pinard, ed. Charpentier 1879, p. 411

Pinard, *Œuvres judiciaires*, I, p. 154 s.

Et moi je dis que si la mort est la survenue du néant, que si le mari béat sent croître son amour en apprenant les adultères de sa femme, que si l'opinion est représentée par des êtres grotesques, que si le sentiment religieux est représenté par un prêtre ridicule, une seule personne a raison, règne, domine : c'est Emma Bovary. Messaline a raison contre Juvénal.

Voilà la conclusion philosophique du livre, tirée non par l'auteur, mais par un homme qui réfléchit et approfondit les choses, par un homme qui a cherché dans le livre un personnage qui pût dominer cette femme. Il n'y en a pas. Le seul personnage qui y domine, c'est madame Bovary. Il faut donc chercher ailleurs que dans le livre, il faut chercher dans cette morale chrétienne qui est le fond des civilisations modernes.

Pour cette morale, tout s'explique et s'éclaircit.

En son nom l'adultère est stigmatisé, condamné, non pas parce que c'est une imprudence qui expose à des désillusions et à des regrets, mais parce que c'est un crime contre la famille.

Vous stigmatisez et vous condamnez le suicide, non pas parce que c'est une folie, le fou n'est pas responsable, non pas parce que c'est une lâcheté, il demande quelquefois un certain courage physique, mais parce qu'il est le mépris du devoir dans la vie qui s'achève, et le cri de l'incrédulité dans la vie qui commence.

Cette morale stigmatise la littérature réaliste, non pas parce qu'elle peint les passions: la haine, la vengeance, l'amour; le monde ne vit que là-dessus, et l'art doit les peindre; mais quand elle les peint sans frein, sans mesure. L'art sans règle n'est plus l'art; c'est comme une femme qui quitterait tout vêtement. Imposer à l'art l'unique règle de la décence publique, ce n'est pas l'asservir, mais l'honorer. On ne grandit qu'avec une règle.

Voilà, messieurs, les principes que nous professons, voilà une doctrine que nous défendons avec conscience<sup>74</sup>.

Et moi, je dis alors : si la mort est la survenue du néant, si le mari béat sent croître son amour en apprenant les adultères de sa femme, si l'opinion est représentée par des êtres grotesques, si le sentiment religieux se personnifie dans un prêtre ridicule, une seule personne a raison, un seul règne et domine dans ce livre, c'est Emma Bovary. Messaline a raison contre Juvénal.

Voilà la conclusion du livre, non pas, sans doute, la conclusion tirée par l'auteur, mais la conclusion vraie pour tout homme qui réfléchit et approfondit. Celui-là cherchera en vain dans l'oeuvre un personnage qui domine cette femme il ne le trouvera pas. La seule figure qui domine, la seule qui attache, c'est Mme Bovary. Si vous ne trouvez pas dans le livre une morale qui la condamne, il faut chercher ailleurs, il faut s'adresser en dehors du livre lui-même, à cette morale chrétienne qui est le fond des civilisations moderne.

Pour cette morale-là, tout s'explique et s'éclaircit.

Pour cette morale-là, l'adultère est condamné, non parce qu'il est une imprudence exposant à des désillusions et à des regrets, mais parce qu'il est un crime contre la famille.

Pour cette morale le suicide est condamné, non parce qu'il est une folie (le fou n'est pas responsable), non parce qu'il est une lâcheté (il demande quelquefois un certain courage), mais parce qu'il est le mépris du devoir dans la vie qui s'achève, et le cri de l'incrédulité vis-à-vis de l'autre vie qui commence.

C'est au nom de cette morale-là, et non avec celle du livre, que Madame Bovary trouve des juges, et quitte son piédestal.

C'est au nom de cette morale-là que la littérature réaliste trouve aussi des règles et des limites. Cette littérature, on l'attaque, non parce qu'elle peint les passions, la haine, la vengeance, l'amour (le monde ne vit que de ces choses, et l'art doit les peindre), mais quand elle les peint sans frein et sans mesure l'art sans règle, n'est plus l'art. Que dire d'une femme qui quitterait tout vêtement ? Imposer à l'art l'unique règle de la décence publique, ce n'est pas l'asservir, mais l'honorer. On ne grandit qu'avec une règle.

Voilà, Messieurs, les principes que nous défendons, voilà la cause que nous soutenons avec confiance.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> «E dico che se la morte è l'impeto del nulla, se il marito beato sente crescere il suo amore quando viene a sapere degli adulteri della moglie, se l'opinione è rappresentata da esseri grotteschi, se il sentimento religioso è rappresentato da un prete ridicolo, solo una persona ha ragione, regna, domina: è Emma Bovary. Messalina ha ragione contro Giovenale. Questa è la conclusione filosofica del libro, tratta non dall'autore, ma da un uomo che riflette, da un uomo che ha cercato nel libro un personaggio che *potesse dominare questa donna*. Ma non c'è. L'unico personaggio dominante è Madame Bovary. Quindi bisogna cercare altrove rispetto al libro, bisogna cercare in quella morale cristiana che è il fondamento della civiltà moderna. Questa morale spiega e chiarisce tutto. Nel suo nome, l'adulterio è stigmatizzato e condannato, non perché è un'imprudenza che porta alla disillusione e al rimpianto, ma perché è un crimine contro la famiglia. Si stigmatizza e si condanna il suicidio, non perché sia follia – il folle non è responsabile –, non perché sia vigliaccheria – a volte richiede una certa dose di coraggio fisico –, ma perché è disprezzo del dovere verso una vita che sta per finire, e grido di incredulità verso una vita che sta per iniziare. Questa morale stigmatizza la letteratura realista, non perché dipinge le passioni: l'odio, la vendetta, l'amore; il mondo vive solo di questo, e l'arte deve dipingerle; ma quando le dipinge senza freni, senza misura. L'arte senza regole non è più arte; è come una donna che si è tolta tutti i vestiti. Imporre all'arte l'unica regola della pubblica decenza non significa asservirla, ma onorarla. Si può crescere solo con una regola. Questi, signori, sono i principi che professiamo, una dottrina che difendiamo secondo coscienza» (corsivo aggiunto).

<sup>75</sup> «E allora dico: se la morte è l'impeto del nulla, se il marito beato sente crescere il suo amore quan-

Si cresce solo con una regola. L'arte senza regole non è arte, è come una donna senza vestiti (quindi una donna nuda non è una donna, deduciamo). Singolare paragone, singolare somiglianza, da affidare a un lettore freudiano.

I due testi della requisitoria sono sostanzialmente uguali: il libro è contro la morale cristiana, il diritto fa da sentinella, la morte di Emma Bovary non toglie che tutta l'attenzione si concentri su di lei. Il libro va condannato, perché invano nelle sue pagine si cerca un personaggio (un maschio, senz'altro) che possa far «piegare la testa», «dominare» questa donna. E se l'autore non ha introdotto nella storia il maschio ordinatore, sarà un giudice, invariabilmente maschio anch'egli, a ristabilire l'ordine.

Maschile egemonico, da cancellare per sempre. Rappresentare la morte di Emma Bovary non smentisce affatto la complessità assiologica dell'intreccio narrativo che il diritto nega e rimuove; la rappresentazione, globalmente intesa, costituisce una formazione di compromesso mossa ad offrire valore positivo ad una soggettività femminile nel momento stesso nel quale fallisce la propria vita, svincolata dalla sceneggiatura – 'vita di onesta donna di provincia' – che per lei sarebbe stata scritta da generazioni di maschi. È allora la funzione di questo romanzo produrre una norma alternativa? È illecito un romanzo per il solo fatto che metta in scena una normatività contraria al diritto, quel diritto istituito a custodire la morale cristiana? Il diritto è contro questa letteratura? Il diritto è l'altro della letteratura?

---

do viene a conoscenza degli adulteri della moglie, se l'opinione è rappresentata da esseri grotteschi, se il sentimento religioso è personificato in un prete ridicolo, solo una persona ha ragione, solo una persona regna e domina in questo libro, ed è Emma Bovary. Messalina ha ragione contro Giovenale.

Questa è la conclusione del libro, non, senza dubbio, la conclusione tratta dall'autore, ma la vera conclusione per qualsiasi uomo che rifletta e guardi in profondità. Chi cerca invano nell'opera un personaggio che *domini questa donna* non lo troverà. L'unica figura che domina, l'unica che attira, è Madame Bovary. Se non si trova nel libro una morale che la condanni, bisogna cercare altrove, bisogna rivolgersi al di fuori del libro stesso, alla morale cristiana che è il fondamento della civiltà moderna.

Per questa morale, tutto può essere spiegato e chiarito.

Per questa morale, l'adulterio è condannato, non perché è un'imprudenza che porta alla disillusione e al rimpianto, ma perché è un crimine contro la famiglia.

Per questa morale si condanna il suicidio, non perché sia follia (il folle non è responsabile), non perché sia vigliaccheria (a volte richiede una certa dose di coraggio), ma perché è disprezzo del dovere nella vita che sta finendo e grido di incredulità nell'altra vita che sta iniziando.

È in nome di questa morale, e non di quella del libro, che Madame Bovary trova dei giudici e lascia il suo piedistallo.

È in nome di questa morale che anche la letteratura realista trova regole e limiti. Questa letteratura viene attaccata non perché ritrae le passioni, l'odio, la vendetta, l'amore (il mondo vive solo di queste cose e l'arte deve ritrarle), ma quando le ritrae senza freni e senza misura, l'arte senza regole non è più arte. Cosa si può dire di una donna che si toglie tutti i suoi vestiti di dosso? Imporre all'arte l'unica regola della pubblica decenza non significa asservirla, ma onorarla. Si può crescere solo con una regola.

Questi, signori, sono i principi che difendiamo, questa è la causa che sosteniamo con fiducia» (corsivo aggiunto).

Assolutamente no, questo sarebbe un modo sbagliato di impostare il problema. Discorrere in tali termini significherebbe correre per la via della sussunzione – Pinard sussume il romanzo alle categorie giuridiche – la via della supponenza che muove dalla sussunzione. Contrapporre discorsi è inutile e tragico. Bisogna vedere le cose in un altro modo: il diritto attiva una serie di comunicazioni all'interno della società e il processo comunicativo produce da sé differenziazioni e modificazioni. Nel 1857, nella *Chambre Correctionnelle* di Parigi, l'adultera era una donna da «dominare»; «far piegare la testa ad una donna» era troppo già nel 1885; oggi nessun giudice parlerebbe così. Sarebbe ingenuo 'giuricentrismo' credere che il mutamento lessicale sia movimento del diritto (genitivo soggettivo). È la letteratura, è la costellazione di forme rappresentative in perenne divenire che si muove e muove: attivando la cultura, le forme rappresentative hanno modificato il sistema discorsivo: oggi “piegare la testa a questa donna” – se lo dicesse un Pubblico ministero, dovrebbe dimettersi due minuti dopo. Ecco la potenza dell'alternativa delle formazioni di compromesso letterarie rispetto alla spocchia del diritto, che vuole avere ragione sempre e per sempre, e sempre si trova inadeguato.

## 12. La necessità dell'infinito. Terapia dello scandalo: uomini del dover essere di un essere che di spocchia si sfarina

Mi sono fatto prendere molto la mano, amo molto Flaubert. Donato vorrà perdonare queste troppe pagine; amiamo entrambi la letteratura e in fondo amiamo anche raccontare storie, si spera edificanti, ma non *à la manière de Pinard*.

A Donato piace Martha Nussbaum, le dedica pagine magnifiche e, in particolare, scrive:

«Nessuna politica davvero personalista è però possibile se degli individui ci si nasconde la fragilità e la conseguente emotività, e se ci si ritrae dall'umana mortalità la quale pone soddisfazioni e privazioni del singolo in una luce di definitività»<sup>76</sup>.

Il giurista umile, il giurista che cerca ogni giorno di non riscattarsi dal peccato originale della spocchia, deve provare sacro terrore dinanzi a queste parole, e chiedersi che cosa debba fare il diritto in una vita che finisce, che si spreca, nella quale può non esserci la salvezza. Il diritto può prestare, come dire, l'altra voce a chi è debole, a chi è sconfitto. Un giurista umile, educato letterariamente dal libro di Donato, avrà un valido aiuto nel cercare questa voce.

Concludo, rinnovando la mia ammirazione per la immensa cultura letteraria di Donato – ho appreso di autori dei quali ignoravo l'esistenza; e vorrei conoscere e visitare la sua biblioteca, immagino quante cose meravigliose ci siano, quante cose meravigliose

<sup>76</sup> CARUSI, *Sua maestà legge*, cit., 344 s., corsivo originale. Poco dopo (*ivi*, 345, nota 16), citando Milan Kundera: «tutto sarà dimenticato, nulla sarà perdonato».

abbia letto. In questa biblioteca ci sono di sicuro molti autori tedeschi, molti autori del primo romanticismo, i quali gli hanno ispirato un passaggio che mi ha colpito immensamente. Ispirato da Nussbaum, Donato parla della definitività, della mortalità come valore della personalità. In una nota, senza citazioni – quindi è il nostro autore che ci parla – leggiamo:

«le passioni [...], le emozioni individuali che il romanzo non ha cessato, con varie tecniche e strategie, di registrare e scandagliare, sono parte essenziale del nostro rapportarci, in quanto esseri finiti, all'infinito che ci circonda»<sup>77</sup>.

La passione è il segno della nostra definitività, del nostro avere una fine; ma è anche il senso della necessità di autotrascenderci, di trovare nell'umanità qualcosa che non sia umano, qualcosa che vada oltre i confini della soggettività. Noi giuristi liberati dalla falsa passione della simulata freddezza, potremo finalmente spiegare che l'interesse e tutte quelle belle formulette che si sciacquano la bocca con il godimento del diritto, la soddisfazione del creditore, i calcoli razionali, sono patetici soffi di spocchia. Soltanto con la consapevole conoscenza non solo della complessità – della fragilità del bene, direbbe Martha Nussbaum – ma anche, aggiungerei, della necessità dell'infinito, con le parole di Donato che ho appena ricordato; ecco, soltanto con tutto questo, tutto ciò che la letteratura, illuminata da questo libro, insegna, con tutto questo si può accettare lo scandalo dell'essere uomini del dovere essere di un essere che di spocchia si sfarina.

Con questo mi fermo e ringrazio per l'opportunità.

---

<sup>77</sup> CARUSI, *Sua maestà legge*, cit., 345, nota 15.



### Verità e Costituzione

Roberto Conti intervista Antonio Ruggeri



#### La scelta del tema e della formula

*Accademia* mi ha affidato il compito di nocchiero per intraprendere un viaggio intorno all'idea di verità. Un viaggio che si presenta assai impegnativo e di lungo raggio, per questo non destinato a risolversi in poche e brevi tappe ma che, anzi, è destinato probabilmente a mutare direzione, nel corso dell'itinerario, in funzione dei risultati che si andranno acquisendo, attingendo alla natura singolare ed allo stesso tempo plurale che il termine, incredibilmente, possiede, mostrandosi in sé sfuggente. Un viaggio destinato a coinvolgere diverse personalità appartenenti non solo al mondo giuridico ma anche dell'informazione e delle scienze sociali, in modo tale che, muovendo da esperienze personali e professionali diverse, ci si potrà accostare al tema cercando di tracciare un mosaico di impressioni e riflessioni utili al lettore per arricchirsi di coscienza e conoscenza.

Quanto al modo di raccogliere le diverse e diversamente articolate riflessioni si è pensato di scegliere la formula dell'intervista, in modo che le personalità coinvolte possano argomentare il loro pensiero agganciandolo per quanto possibile a punti di partenza che si cerca di individuare volta per volta, al fine di rendere il ragionamento quanto più efficace e soprattutto "aperto".

Del resto, Antonino Spadaro, che nella sua monografia *Contributo ad una teoria della Costituzione*, ha dedicato numerose parti al tema della verità, ha appunto sottolineato l'esigenza di un simile approccio al tema che può essere favorito stimolando l'interlocutore di turno attraverso la proposizione di domande e ricordando il pensiero di H.G. Gadamer, in *Wahrheit und Methode* quando sottolinea "... il principio del primato ermeneutico della domanda»: « ... il problema che abbiamo di fronte è quello della struttura logica dell'apertura che contraddistingue la coscienza ermeneutica [ ... ] Domandare significa porre in questione. Proprio in ciò consiste il carattere aperto dell'oggetto della domanda; esso è aperto in quanto la risposta non è ancora stabilita. L'oggetto della domanda è ancora in sospenso [ ... ] Ma l'apertura della domanda non significa illimitatezza indefinita. Anzi, implica una delimitazione determinata ad opera dell'orizzonte della domanda. Una domanda a cui tale orizzonte manchi si perde nell'indefinito. Essa diventa una domanda solo quando la mobile indeterminatazza della direzione nella quale rimanda si definisce nella determinatezza di un "così o così" [ ... ] Ogni domandare e voler sapere presuppone un sapere di non sapere [ ... ] È la potenza dell'opinione quella che rende così difficile

l'ammissione di non sapere: L'opinione è quella che impedisce la domanda. Essa ha in sé una peculiare tendenza ad allargarsi. Vorrebbe sempre essere l'opinione generale, e anzi la parola stessa che i greci usano, *doxa*, sta anche ad indicare la decisione finale a cui l'assemblea perviene ... ».

La prima conversazione dedicata al tema della verità è animata dal Prof. Antonio Ruggeri, emerito di diritto costituzionale dell'Università di Messina, autore di numerosi lavori anche a carattere monografico e di circa 800 pubblicazioni scientifiche, la gran parte delle quali ospitate da prestigiose sedi editoriali, italiane e straniere.

Alle domande e risposte seguiranno alcune considerazioni conclusive.

## Le domande

**R.C.** *L'appuntamento con il tema della verità per un giurista è forse incerto nel quando, ma certo nell'an. Prima o poi, arriva. Per Te, se non erro, ha cominciato ad emergere dapprima incidentalmente, all'interno di riflessioni dedicate al tema della memoria e più recentemente in uno scritto, pubblicato su Consultaonline, dedicato specificamente a Costituzione e verità (prime notazioni).*

*Proverò dunque a sollecitarTi qualche riflessione nel tentativo di costruire insieme un ragionamento.*

*In questo viaggio che stiamo per cominciare, seguendo delle ideali tappe di avvicinamento al cratere, comincerei con una domanda "aperta", partendo appunto dal Tuo saggio dedicato al tema della verità, con l'obiettivo dichiarato di potere appagare, anche solo in parte, una istanza genetica sempre più avvertita all'interno del corpo sociale, ma anche da chi è chiamato a misurarsi concretamente con il tema in ragione delle funzioni svolte – avvocato, giudice, accademico –.*

*Dunque, come risponderesti da costituzionalista ad uno studente universitario alla domanda Cos'è per Lei, Professore, la verità costituzionale? E se la stessa domanda te la rivolgesse un giudice costituzionale messo di fronte alla Costituzione che risponderesti e, a sua volta, quali domande ti piacerebbe rivolgere al tuo interlocutore? La Costituzione, in definitiva è in sé verità e, se sì, in che misura e quanto essa esprime verità attraverso i suoi contenuti ed i suoi interpreti? Quanta verità riesce a dare un testo normativo, pur sui generis, qual è la Costituzione e quanto i suoi interpreti? E quanto l'idea di verità condiziona il giurista costituzionale quando è chiamato a "dire" cosa "dice" la Costituzione? Per altro verso, le verità che giungono dalle concorrenti Carte dei diritti fondamentali di natura sovranazionale rafforzano o indeboliscono la/le verità della Costituzione? E quanto la pluralità dei diritti fondamentali e la loro bilanciabilità anche in chiave multilivello incrina o esalta il tema della verità rispetto alla Costituzione? Un fascio di questioni che sembrano tenersi l'un l'altra abbisognando di una visione comune, forse.*

**A.R.** Il quesito, in realtà, riassume in sé tutti gli altri (ed appare pertanto meritevole di una speciale considerazione) col fatto stesso di esprimersi in termini lapidari: *cos'è la verità costituzionale?*, immaginando che l'interrogativo esca dalla bocca di uno studente.



Non importa, ovviamente, sapere da dove esso viene ma quale ne è il significato in sé e per sé, da cui quindi discendono implicazioni di rilevante portata.

A mia opinione, alla cruciale domanda suddetta non è possibile dare una sola risposta, per almeno due ragioni.

La prima è che si danno plurime e incontrovertibili verità; la seconda è che ve ne sono alcune – come dire? – *in progress*, che attendono ancora la loro opportuna messa a punto e complessiva chiarificazione, mentre altre ancora resteranno con ogni probabilità soggette a mai finite controversie, secondo quanto è peraltro proprio di ogni enunciato che si consegna agli interpreti, disponendosi docile a ricognizioni semantiche di vario segno. Non si dimentichi, poi, che – come ha fatto notare un’accreditata dottrina (M. Luciani) – la Costituzione è attraversata da un “moto” incessante o – come pure si è detto (A. Spadaro) – è soggetta a continua “evoluzione”, sì da poter esprimere plurime e persino reciprocamente divergenti verità.

Tutto ciò posto, è innegabile – a me pare – che si diano alcune “macroverità” oggettivamente indiscutibili, a partire da quella riguardante la Costituzione nella sua interezza, il suo porsi cioè in dichiarata contestazione del passato regime autoritario, con il quale si è voluto voltare definitivamente pagina. Vera è, dunque, l’opzione per un modello costituzionale che ruota attorno al perno fisso della centralità della persona umana e della sua dignità, bisognosa di farsi valere soprattutto a mezzo di un fascio di diritti fondamentali “riconosciuti” – nella accezione stretta del termine, come di ciò che preesiste all’ordine giuridico che ne è pertanto fondato – ad ogni essere umano, per il mero fatto di essere tale. È pur vero, tuttavia, che insicura è la estensione e consistenza del catalogo dei diritti inviolabili, bisognosi di essere messi a fuoco e reciprocamente composti in sistema in ragione dei casi (e, perciò, alla bisogna bilanciati sia *inter se* che con altri beni costituzionalmente protetti).

A riguardo dei diritti fondamentali innominati mi limito qui a ribadire un concetto già in altri luoghi espresso ed al quale riconosco uno speciale significato, vale a dire che un cruciale rilievo va, a mio modo di vedere, assegnato alla sussistenza di talune *consuetudini culturali di riconoscimento* dei diritti stessi diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale, dando esse voce a bisogni elementari della persona umana senza il cui appagamento l’esistenza non potrebbe dirsi – come, invece, sempre dev’essere – “libera e dignitosa”.

Come si vede, la formula posta in testa all’art. 36 della Carta – per come io la vedo – non possiede un significato circoscritto alla sola materia, pure meritevole della massima considerazione, del lavoro ma esprime una generale valenza. D’altro canto, anche le altre verità alle quali farò subito riferimento si reggono su (e sono disvelate da) analoghe *consuetudini culturali*.

Incontrovertibilmente vera è, poi, l’opzione per la forma di governo parlamentare, decisa alla Costituente già in sede di approvazione dell’ordine del giorno Perassi, come pure vera è l’indicazione di fondo volta ad assicurare una distribuzione della sovranità tra più centri istituzionali, centrali e periferici, nonché l’apertura nei riguardi della Comunità internazionale e di organizzazioni che – come stabilisce l’art. 11 della Carta – devono la loro ragion d’essere all’obiettivo indisponibile di preservare la pace e la giustizia

tra le nazioni. E così via dicendo per altri connotati di fondo della Repubblica e delle sue articolazioni interne.

È interessante notare che, man mano che si scava sempre di più in seno alla “materia” costituzionale, la luce di cui si ha riscontro in superficie viene gradatamente ad affievolirsi fino a spegnersi del tutto.

Così, per riprendere un esempio appena fatto, appannato e in più punti oscuro è il modello di riparto delle competenze tra Stato ed autonomie territoriali in genere e regionali in ispecie, vuoi per il carattere sibillino delle etichette che contrassegnano i campi coltivabili dagli enti in parola e vuoi per le non minori incertezze che avvolgono i limiti cui va incontro l'esercizio da parte degli enti stessi delle competenze ad essi assegnati.

Le notazioni appena svolte agevolano a comprendere che alla questione posta nel primo quesito circa il *quantum* di verità che può considerarsi insito nel testo costituzionale non può a parer mio, ancora una volta, darsi una sola risposta. Ed è così per la elementare ragione che esso varia da un enunciato all'altro, per il modo con cui ne è fatta la trama linguistica (a maglie ora più ed ora meno larghe), nonché (e soprattutto) in considerazione dei casi e delle loro complessive esigenze. È, poi, chiaro che le verità costituzionali possono essere diversamente intese e fatte valere, rispettivamente, da uno studioso puro e da un operatore (part., da un giudice), obbligato a confrontarsi con i casi, con la necessità di pervenire comunque alla loro ottimale definizione. Lo studioso, di contro, può lasciare aperta la questione di cui di volta in volta si occupa, confessare con onestà d'intelletto di non sapere fare chiarezza in relazione ad un enunciato, di sentirsi insomma insicuro con riguardo a ciò che esso in sé racchiude ed esprime. L'operatore – gli piaccia o no – deve invece prendere partito; e la cosa, non di rado, gli è motivo di non poco travaglio interiore. Come dire, insomma, che quella che per l'uno è una *verità ignota* o – se più piace – una “non verità”, per l'altro *deve* invece essere una *verità acclarata*.

Non si trascuri, inoltre, la circostanza per cui, specie laddove si abbia a che fare con questioni coinvolgenti i diritti fondamentali, le più impegnative per scienza e coscienza, a rendere ancora più complicato il quadro è il concorso di materiali normativi provenienti *ab extra*, in ispecie dalle Carte dei diritti che a vario titolo concorrono alla loro salvaguardia con la Carta costituzionale e con essa, anzi, s'intrecciano, dandosi tutte mutuo sostegno e alimento. La pluralità dei documenti in parola, per un verso, agevola la soluzione dei casi, specie laddove da essi si abbiano indicazioni esplicite idonee a farsi valere a tutela dei diritti, delle quali manchi il testuale riscontro nella legge fondamentale della Repubblica. Per un altro verso, però, le cose si complicano non poco, per il mero fatto che la mutua integrazione delle Carte, dalla giurisprudenza costituzionale da tempo sollecitata (spec. sent. n. 388 del 1999), è un'impresa sommamente disagiata, a volte per vero titanica, persino più ardua e rischiosa di una scalata rocciosa particolarmente ripida ed impegnativa.

Tra le Carte (e, di riflesso, le Corti che ne sono istituzionalmente garanti) possono darsi, come effettivamente si danno, divergenze a volte anche considerevolmente marcate; e l'esperienza ci consegna non pochi casi in cui le stesse sono venute prepotentemente alla luce. Sarò un inguaribile ottimista, ma resto fermamente convinto (e sempre di più, anzi, mi radico nel convincimento) che, per effetto del sempre più fitto “dialogo” – come

si è soliti dire – tra gli operatori di giustizia, le convergenze si presentino assai più numerose e rilevanti delle divergenze e degli stessi aperti conflitti.

L'importante è che non si perda di vista la circostanza per cui la lettera degli enunciati per un giurista è (e dev'essere) un punto costante di riferimento; e, tuttavia, come si è fatto altrove notare, essa non è *né tutto né niente* ma, appunto, *qualcosa* che, unitamente ad altri elementi, concorre alla risoluzione dei casi. Il linguaggio costituzionale, in particolare, si rimodella e mette a punto di volta in volta, in ragione dei casi stessi e in funzione dell'appagamento dei più avvertiti bisogni della persona umana; e si dimostra pur sempre (e sia pure in varia misura) debitore nei riguardi di sollecitazioni che vengono, in primo luogo, dal linguaggio comune e, quindi, dal linguaggio specialistico (giuridico e non) (su ciò, di recente, i contributi al Conv. AIC su *Lingua linguaggi diritti*). Risente, infatti, di suggestioni che vengono dalla scienza e dalla tecnica e da discipline non giuridiche in genere. Di qui, il rilievo della circolarità nei processi interpretativi, non di rado indicazioni offerte da leggi comuni e da fonti subcostituzionali in genere giocando un ruolo di tutto rispetto nella interpretazione degli enunciati costituzionali, prendendo cioè forma, come in un ideale caleidoscopio che di continuo si scompone e ricompone, quella *durchgehende Korrelation* di cui già Alf Ross faceva parola nella sua *Theorie der Rechtsquellen* del 1929.

**R.C.** *Oggi più che mai la Costituzione è tirata dai vari protagonisti istituzionali – il legislatore, il potere esecutivo, l'ordine giurisdizionale, l'avvocatura –. Lo dice la Costituzione è ormai divenuto un vero e proprio mantra. Secondo Te questo atteggiamento quali effetti produce sulla Carta costituzionale. La rafforza, la indebolisce o testimonia soltanto alcune verità sulla sua essenza e sulla sua efficacia?*

**A.R.** Dopo le notazioni di ordine generale appena svolte, posso procedere speditamente nell'esame dei quesiti restanti che mi sono stati posti. Quello che precede rimanda ad una questione alla quale, una volta di più, non credo che si possa dare una univoca risposta; ed è quella dell'uso strumentale o – piace a me dire – congiunturale della Costituzione, quale si ha ogni qual volta, anziché *servirla*, l'operatore di turno *se ne serve* per i fini più vari, buoni o cattivi, confessabili o inconfessabili che siano.

Purtroppo, è un "gioco", questo, che va sempre di più prendendo piede e che riesce facilmente, a motivo della strutturale duttilità esibita dagli enunciati della Carta, in ispecie da alcuni (a partire – ahimè – proprio da quelli espressivi dei principi fondamentali dell'ordinamento). Stando così le cose, è urgente interrogarsi in merito alla effettiva forza normativa esibita dalla Costituzione nella sua interezza e dai singoli enunciati di cui risulta composta. Torna – come si vede – la questione cui si è accennato poc'anzi in merito alla capacità posseduta dalla legge fondamentale della Repubblica di dare un orientamento, se non pure un ordine, alle più salienti dinamiche che si affermano tanto in seno alla comunità governata quanto nell'apparato governante e nei suoi rapporti con la prima.

Ancora una volta, mi pare buon consiglio quello di rifuggire dai corni estremi di un'alternativa soffocante che ora sovraccarica ed ora sottostima la Carta per ciò che ap-

punto attiene alla sua *vis* prescrittiva che, peraltro, si dimostra essere variamente incisiva a seconda delle congiunture alle quali si applica.

Il vero è che l'implementazione della Carta nell'esperienza dipende da plurimi fattori, tra i quali centralità di posto va assegnato alla qualità del ceto politico, purtroppo a mia opinione sempre più vistosamente afflitto da una grave crisi di credibilità dalle plurime e risalenti ascendenze, al senso di responsabilità individuale, esso pure non poco carente, alla capacità del dovere di fedeltà alla Repubblica di farsi in apprezzabile misura valere.

Su quest'ultimo punto mi preme qui, ancora una volta, sollecitare a fermare l'attenzione. Fedeli sono, infatti, gli organi di apparato che intendono il *munus* ad essi assegnato non già quale *potere* fine a sé stesso e volto alla propria costante e crescente riproduzione bensì quale *servizio* reso alla Repubblica ed alla Costituzione; e fedeli sono i componenti la comunità tutta – cittadini e non – che portano ad effetto i diritti fondamentali loro riconosciuti e con uguale spirito di servizio adempiono i doveri di solidarietà di cui sono gravati. È solo così, d'altronde, che l'ordine costituzionale può trasmettersi integro nel tempo, a beneficio altresì delle generazioni che verranno.

Di contro, infedeli sono quanti si servono strumentalmente della Costituzione piegandola a fini ripugnanti, scopertamente devianti dai valori cui dà voce la Carta e, per ciò pure, dai canoni in questa iscritti in vista della loro ottimale affermazione.

Senza pregio – mi sta a cuore qui di rilevare di passaggio – è l'obiezione che non di rado i canoni in parola si presentano disarmati, incapaci cioè di pretendere per sé effettivo e tangibile rispetto, a motivo delle carenze al riguardo riscontrabili al piano delle sanzioni che dovrebbero applicarsi alle loro violazioni.

Il carattere prescrittivo dei disposti normativi, infatti, non viene meno sol perché non funzionano a dovere i meccanismi di repressione degli illeciti costituzionali; piuttosto, gioverebbe tornare a riflettere sui rimedi esperibili per rendere ancora più efficaci ed incisivi, seppur entro certi limiti, gli ingranaggi di cui i meccanismi stessi si compongono. Penso solo, ad es., all'ipotesi altrove argomentata di dare spazio al risarcimento del danno in relazione all'annullamento di leggi ed atti in genere contrari a Costituzione, sempre che – beninteso – risulti provato che il danno stesso è conseguenza *diretta* ed *immediata* del *vulnus* costituzionale.

Ancora una volta, ad ogni buon conto, mi dichiaro ottimista (ma – vorrei dire – realista). Nell'ininterrotto fluire della vita associativa e nell'avvicinarsi delle esperienze ordinamentali nel tempo sono oggettivamente di gran lunga più frequenti e consistenti i casi di osservanza della Costituzione e di fedeltà alla Repubblica rispetto a quelli di violazione ed infedeltà. Il punto è che sovente si mettono in primo piano i secondi e si lasciano nell'ombra i primi; d'altronde, è ciò che fanno anche i quotidiani e, in genere, i grandi mezzi d'informazione che non danno perlopiù notizia della infinità di fatti lieti o anche, più semplicemente, di sereno scorrere della vita individuale e associativa soffermandosi invece su quelli negativi, specie laddove idonei a lasciare un segno marcato nelle coscienze dei componenti la comunità.

**R.C.** *Veniamo al giudicato costituzionale che tu hai definito nello scritto dedicato a verità e Costituzione "…forse, la massima espressione di verità costituzionale, a motivo dell'auc-*

*toritas dell'organo e, in ispecie, del carattere irreversibile degli effetti prodotti dalle sue decisioni". Ora, la verità del giudicato costituzionale in rapporto agli altri decisori legittimati ad intervenire sul quadro dei valori fondamentali della persona, tanto a livello interno che sul piano sovranazionale è da considerare, secondo te, prevalente, concorrente o cedevole rispetto a quella risultante dagli altri giudicati al punto da dimostrarsi non vera? Dunque, come se ne esce da questo ingorgo di giudicati, soprattutto quando è la stessa Corte costituzionale ad ammettere la concorrenza dei rimedi riconosciuti al giudice comune quando in gioco ci sono diritti fondamentali protetti in via concorrente dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali UE? Il richiamo all'esigenza di verità trovi che possa giocare un ruolo decisivo per individuare una regola ordinante ovvero il sistema è destinato a vivere in una condizione di costante incertezza? E, se sì, si tratta di certezza "buona" o cattiva?"*

**A.R.** Vengo a dire del giudicato e del suo rapporto con la verità. L'istituto in parola, in ciascuna delle sue articolazioni ed espressioni, è (e resta) innegabilmente una risorsa preziosa, irrinunciabile, per ragioni assai note che non occorre di certo qui evocare. Deve, nondimeno, rilevarsi che nel c.d. costituzionalismo multilivello (o – come si preferisce da taluno dire (L. D'Andrea) – interlivello), la moltiplicazione delle Carte gioca un ruolo variamente connotato.

Per un verso, la convergenza degli orientamenti affermatasi in più ambiti istituzionali rafforza ulteriormente il *decisum* e, dunque, concorre ancora più efficacemente alla formazione di quelle consuetudini culturali di riconoscimento dei nuovi diritti, cui si faceva poc'anzi cenno. Per un altro verso, però, la divergenza degli orientamenti stessi può indebolire (ed effettivamente indebolisce) l'uno ed ostacola l'avvento e il radicamento delle altre.

Non si trascuri, poi, che le relazioni tra le Carte (e le Corti) risentono della tendenza crescente a rendere sempre meno netti e marcati i confini dei campi materiali demandati alla cura di questo o quell'ente, pur in un quadro segnato dall'avocazione all'alto di quote sempre più consistenti di competenze. Insomma, la "denazionalizzazione" (anche e specificamente per ciò che attiene al riconoscimento ed alla salvaguardia dei diritti fondamentali) mi parrebbe essere una delle note qualificanti del tempo presente, per quanto – come si sa – gli egoismi statali siano duri da rimuovere e trovino pur sempre il modo di farsi largo e di affermarsi.

Venendo al cuore della questione postami, trovo giusto che si assicuri – in via tendenziale – la *primauté* del giudicato europeo su quello nazionale, per una ragione che ai miei occhi appare di cristallina evidenza, malgrado risulti sovente, stranamente trascurata anche dalla più avvertita dottrina; ed è che la soluzione in parola è sollecitata proprio dalla Costituzione, col fatto stesso dell'apertura da questa fatta al diritto internazionale e sovranazionale, in forza dei disposti di cui agli artt. 10 e 11, nel loro fare "sistema" con gli artt. 2 e 3 della Carta, espressivi – piace a me dire – della *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento. Non si dimentichi, poi, che rimane pur sempre un fatto eccezionale, assolutamente marginale, la esposizione dei "controlimiti", per effetto dei quali può essere impedito a materiali normativi e giurisprudenziali aventi origine esterna d'immettersi nell'ordine interno ed ivi spiegare effetti.

La regola, insomma, è la prevalenza del giudicato “esterno” – se così vogliamo chiamarlo – su quello “interno”; ed è giusto che sia così, anche (e soprattutto) *dal nostro punto di vista*, vale a dire da quello della Carta costituzionale. È solo così, d'altronde, che la identità costituzionale, assiologicamente qualificata, può aver modo di pervenire a compiuta maturazione e di farsi, come si deve, valere.

**R.C.** *Proviamo a questo punto a passare ad un altro non meno vorticoso versante della verità. Dalla verità al diritto alla verità o, meglio, a quello che tu chiami diritto fondamentale alla verità. Un grappolo di questioni che richiamano concetti parimenti centrali nell'esperienza umana, quali la memoria, la giustizia, il senso di essere parte di una comunità.*

*Proviamo ad andare con ordine. Secondo te, la prospettiva appena accennata è filiazione del tema della verità o se ne discosta sensibilmente, al punto da far pensare che una trattazione unitaria sia impropria o poco utile?*

**R.C.** *Cominciamo a ragionare sulla prospettiva individuale e/o collettiva del diritto alla verità. In Appunti per uno studio su memoria e Costituzione, hai scritto: “In aggiunta al diritto alla verità dei diretti interessati v'è però (e non è meno impellente e meritevole di tutela) quello della intera collettività che sempre è ferita da fatti traumatici che puntano diritto al cuore della Repubblica. Per l'aspetto ora in rilievo, il diritto alla verità fa tutt'uno col relativo dovere e presenta carattere autoreferenziale: v'è, cioè, il dovere degli organi di apparato della Repubblica di appagare un diritto che (anche) agli stessi fa capo e, per il loro tramite, all'intera istituzione di appartenenza”. Sulla prospettiva deontica dei diritti fondamentali ti sei a più riprese soffermato. Dove pende l'ago della bilancia fra le due prospettive. Trovi che tra esse vi sia attrazione o polarità o ancora entrambe le prospettive?*

**A.R.** Riunisco, per scorrevolezza espositiva, la risposta ai due quesiti che precedono; e lo stesso farò a momenti per gli ultimi due, fermando innanzi tutto l'attenzione su un punto di centrale rilievo.

Più che sul *diritto alla verità* mi sta a cuore fermare l'attenzione sul relativo *dovere*, gravante tanto sui singoli quanto sulle sedi di apparato. In realtà, dal punto di vista degli individui, il diritto fa tutt'uno con il dovere, giusta la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui in ogni diritto fondamentale e in tutti assieme si rinviene una componente deontica. D'altro canto, solo esercitando i diritti (e, perciò, *dovendoli* esercitare), l'ordinamento può trasmettersi integro nel tempo; di contro, atteggiamenti rinunciatari o ingiustificatamente remissivi finiscono, prima o poi, con l'alimentare pratiche imitative diffuse che portano fatalmente alla involuzione autoritaria e persino, in taluni casi, allo sfilacciamento del tessuto sociale e, perciò, alla dissoluzione della identità costituzionale della comunità e dell'ordinamento.

Al diritto-dovere dei singoli fa da *pendant* il diritto-dovere dei pubblici poteri, entrambi sollecitati dalla Carta a darsi mutuo sostegno ed alimento. Sulla menzogna non si costruisce nulla di solido; sulla menzogna istituzionalizzata sovente poggiano gli ordinamenti autoritari ed illiberali che tuttavia – come la storia insegna – non durano a lungo, perlopiù non oltre la vita fisica del dittatore di turno; solo gli ordinamenti di tradizioni

liberali possono coltivare e portare a frutto l'ambizioso disegno di trasmettersi oltre le persone contingentemente chiamate a funzioni di responsabilità di governo, in linea di continuità evolutiva attraverso il tempo, per la elementare ragione che la sovranità presenta in essi la vocazione ad oggettivarsi, appuntandosi principalmente nei valori fondamentali positivizzati e nei canoni che vi danno la prima e diretta specificazione-attuazione (sulla sovranità dei valori faccio qui, nuovamente, richiamo ad una nota indicazione teorica di G. Silvestri).

Si dà – come si vede –, negli ordinamenti d'ispirazione liberale, un rapporto di stretta e reciproca implicazione tra la verità e la sovranità, ciascuna di esse ponendosi circolarmente quale causa ed effetto dell'altra, rigenerandosi e rinnovandosi costantemente a vicenda.

**R.C.** *Nella dimensione plurale del diritto alla verità un posto notevole occupa la memoria. Proprio tu, in Notazioni sparse per uno studio su Stato costituzionale, memoria collettiva ed etica pubblica repubblicana, 231, sub nota 19 notavi: “dal mio punto di vista, non ha rilievo alcuno la circostanza per cui del diritto alla verità non si abbia l'esplicito riconoscimento in Costituzione o in altre Carte dei diritti parimenti vigenti in ambito interno, ove si convenga a riguardo del fatto che quanti lo misconoscono, per ciò stesso, ledono la Costituzione stessa, se è vero – com'è vero – che una società ed un ordinamento pluralisti non possono fare a meno della ininterrotta e libera ricerca della verità in merito a fatti e notizie e, dunque, di aver appagato il diritto a conseguirla, pur nei limiti segnati dalle condizioni oggettive di contesto, in specie per la presenza di ostacoli a volte insormontabili frapposti da chi ha l'interesse a che essa non venga alla luce ovvero riportabili a pur legittime esigenze, quali sono quelle riconducibili al c.d. segreto di Stato (che, nondimeno, accenno qui di passaggio, richiederebbe di essere fatto oggetto di un complessivo, critico ripensamento, tanto nei suoi profili teorici quanto nella disciplina positiva e quanto, infine, nelle sue concrete applicazioni). Ed è, al riguardo, da osservare che gli strumenti utilizzabili per fare chiarezza, come pure le sedi istituzionali in cui ciò può aver luogo (siano esse di natura giurisdizionale ovvero politica, quali le commissioni d'inchiesta), non sempre si dimostrano praticamente conducenti allo scopo”. Dunque, Antonio, arriviamo al nodo: Il diritto fondamentale alla verità è già nella Costituzione? Servirebbe introdurlo formalmente in Costituzione e quali effetti avrebbe sui rapporti fra organi costituzionali e nei rapporti interpretati? Quanti benefici e quanti rischi a tuo avviso si corrono nel perseguire la strada dell'introduzione in Costituzione del diritto alla verità?*

**A.R.** Stando le cose come qui sono viste, il diritto alla verità, in un ordinamento costituzionale di stampo liberale, è *in rebus*. Negarne la esistenza equivale, dunque, a negare la stessa Costituzione; non tutelarla, specie in relazione ad esperienze e vicende di cruciale rilievo per la comunità, equivale a mettere da canto la Costituzione stessa, ovvero a lasciarla alla mercè dei prepotenti di turno, spianando pertanto la via alla involuzione autoritaria dell'ordinamento.

Volendo, si può dunque fare del diritto stesso esplicita menzione nella Carta ma sarebbe – come si è venuti dicendo – come una sorta di eco della voce della Costituzione. D'altronde, quest'ultima più volte, inutilmente, si ripete: ad es., lo fa all'art. 117, I c.,

pretendendo per sé rispetto dalle leggi di Stato e Regione (come se potesse immaginarsi il contrario...), o all'art. 54, prescrivendo osservanza da parte dei cittadini, oltre che per le leggi, per... *se stessa*. Eppure, anche le mere *leges declaratoriae* giovano pur sempre a rendere ancora più fermi e saldi taluni concetti dei quali rischierebbe di smarrirsi altrimenti la memoria e il vigore. Si sarebbe, dunque, tentati di dire: ben venga la “razionalizzazione” del diritto in parola, dal momento che – come recita un vecchio adagio – *repetita iuvant*. Vedo, però, un inconveniente dalla sua esplicitazione nella Carta, che non posso qui tacere; ed è che potrebbe maturare l'erroneo convincimento che si tratti di previsione avente invece carattere sostanzialmente innovativo, portando perciò al riconoscimento di un diritto che dapprima non c'era. Il rischio, insomma, cui si va incontro è quello della delegittimazione della Carta preesistente e dell'ordinamento sulla stessa fondato nella loro interezza: come se il *prima* fosse stato governato dalla menzogna istituzionalizzata e il *dopo* possa finalmente svolgersi all'insegna della verità.

Al tirar delle somme, opterei dunque per lasciare le cose come stanno.

### **R.C. Una riflessione conclusiva.**

Scorrere le risposte del Prof. Ruggeri alle domande “aperte” alle quali ha accettato di rispondere, per la verità abilmente schivandone alcune – sia pur marginali – produce sensazioni di vario ordine.

Si ha la sensazione che il tema della verità dal quale esse hanno preso origine abbia offerto al nostro interlocutore l'occasione per tornare a mettere dei punti fermi quando si ragiona sulla Costituzione. La Costituzione è l'antitesi all'autoritarismo che, con il suo avvento, non ha più alcuno spazio né potrà averne.

A suggellare questa verità “di sistema” – o macroverità come la chiama Ruggeri – è la centralità della persona umana e della sua dignità dentro la Costituzione. Dunque si potrà e dovrà discutere sui contenuti *altri* della Costituzione, ma non sul primato dell'uomo e della sua dignità, purché sia chiaro che in ogni diritto vi è una componente di doverosità che guarda al singolo individuo come parte di un corpo sociale verso il quale si proietta con obblighi di solidarietà espressioni della sua dignità.

Non vi è nulla di scontato, di stantio, di ovvio in questa affermazione se appunto si considera che a qualunque livello muovere da questa verità cambia la prospettiva dello studioso quanto del giudice, del funzionario quanto delle persone che entrano in contatto con la pubblica amministrazione e con altre strutture private che operano nell'ordinamento. Non sembra, quest'ultima una ovvietà, ma l'essenza stessa della società nella quale gli individui sono considerati appunto persone, inserite in un contesto sociale nel quale il valore del singolo va protetto per la dimensione plurale che esso rappresenta.

Il punto è che scavando nella Costituzione, dice Ruggeri, le certezze (e dunque le verità) che possono ritenersi incontrovertibili – fra le quali egli annovera la forma di governo parlamentare – si affievoliscono, diventano meno nette e precise quando si cercano altre verità rispetto ai singoli enunciati costituzionali.

Inoltre, la poliedrica compresenza di fonti materialmente costituzionali che ormai gravitano sul piano sovranazionale, in uno alla portata semantica dei precetti costituzio-



nali si prestano quasi naturalmente ad esiti incerti, i quali si infrangono sugli scogli della *non verità* o della *verità ignota*.

Ed è Ruggeri a riconoscere che le scelte dilemmatiche sui contenuti dei valori costituzionali appartengono prevalentemente ai giudici più che a chi non ha il dovere del giudicare, ma di ragionare ed offrire contributi di natura accademica.

Un dovere che ogni decisore dovrebbe assolvere attingendo alle riserve della fedeltà alla Carta e della giustizia intesa come servizio.

Ruggeri non si nasconde le difficoltà di un simile giudicare ma lo trova indispensabile, doveroso e dunque, se non si erra, espressione di una di quelle macroverità che affidano al giudice il dovere di applicare alla soluzione del caso scelte costituzionalmente orientate, nelle quali l'enunciato letterale è costante punto di riferimento "unitamente ad altri elementi".

Se, infatti, il giudice non gode della possibilità di non decidere e se, ancora, spetta a lui sciogliere quei dubbi in ordine alla portata dei valori costituzionali, potrà mai dubitarsi che il ruolo del giudice – costituzionale e comune – non si ponga come elemento imprescindibile per l'affermazione della o delle verità costituzionali?

Il punto è di estrema delicatezza perché echeggia l'idea di un giudice erculeo, alla Dworkin, un giudice che si farebbe egli stesso portatore della verità e nei cui confronti, dunque vi sarebbe più di un motivo per nutrire riserve. Ma è lo stesso Ruggeri a ricordarci che la giustizia non è *potere* ma *servizio*, non può né deve *servirsi* della Costituzione, ma deve *servirla*. Conclusione che può risultare appagante ma che descrive la realtà, a meno di propendere per una teoria della costituzione testualista che non offre al suo interprete alcun margine al di là del dato letterale dei suoi precetti. Il che, a ben considerare sembrerebbe essere contrario alla stessa essenza della Costituzione e del significato che la stessa è andata assumendo. Ma non è men vero che questo processo, abbastanza inevitabile, crea fratture, discordie, disallineamenti fra gli studiosi e gli stessi interpreti, mettendo in croce l'esigenza di certezza e dunque di eguaglianza che costituisce, per Ruggeri e per altri studiosi, uno dei metavalori della Costituzione insieme alla dignità. Come uscirne, vorremmo chiedere al Prof. Ruggeri?

Ed ovviamente il tema si colora di ulteriori profili di complessità quando entrano in gioco altre Carte dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale e, dunque, altre verità da esse promananti in ragione della natura materialmente costituzionale che le stesse possiedono. Ciò è tanto vero se appunto si consideri il ruolo attribuito dalla Corte costituzionale alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – cfr. C. cost. n. 269/2017 – ed in definitiva anche alla CEDU, destinata ad entrare in campo per massimizzare le tutele offerte dalla Costituzione – il che appunto la renda pari o addirittura superiore alla Carta – cfr. C. cost. n. 317/2019, 25/2019 –.

Orbene, per gestire questa complessità Ruggeri sembra richiamare la "circolarità dei processi interpretativi" in definitiva ribadendo la sua idea sulla centralità della teoria dell'interpretazione a favore di quella orientata a risolvere i problemi dei raccordi fra i sistemi sulla base della teoria delle fonti.

È anche questa una verità costituzionale, vorremmo chiedere al Prof. Ruggeri? Affonda le sue radici nella Costituzione?

La notevole complessità che si comincia sempre di più a porre davanti al giurista si accresce e non si attenua quando si giunge al tema del giudicato o dei giudicati che provengono da Corti diverse ove queste modulino diversamente il contenuto di un diritto fondamentale. Dove starà mai la verità?

Orbene, quando emergono diversi giudicati in ragione della pluralità dei centri decisionali che maneggiano i diritti della persona ecco che la regola delle regole, la metaregola tratteggiata da Ruggeri per capire quale debba vincere o, se vogliamo, rappresentare la verità, sembra sorprendente: la prevalenza spetta al giudicato “esterno” su quello interno – sia esso costituzionale o proveniente dal giudice comune –. La sorpresa aumenta se si considera che Ruggeri ritiene tale regola “giusta” – e dunque, piace qui dire, “vera” – ponendosi dal punto di vista della Carta costituzionale. Ora è verosimile che quanto ora ipotizzato è solo una sintesi e magari non completa. Ma il punto non è poi tanto questo. Anche senza andare al fondo di tutti i possibili casi di scostamento o diversità fra i giudicati, l’affermazione centrale nella risposta di Ruggeri non può che apparire eversiva a quanti si fanno assertori di un patriottismo costituzionale che antepone la Carta a qualunque altro strumento preferendo una visione gerarchico-piramidale totalmente avversata da Ruggeri.

Ecco venire fuori la bellezza e la complessità della Costituzione. Un risultato, quello al quale giunge Ruggeri, se fosse davvero questo, che mostra quanto la Costituzione si presti tutta a quei differenti esiti che lui stesso ha riconosciuto essere l’in sé della Costituzione. E l’interprete-giudice? E la certezza del diritto? E la divisione dei poteri? Chi potrà mai dire se la soluzione proposta da Ruggeri è al servizio della Costituzione ovvero è asservita alle sue convinzioni personali? Conta ovviamente poco rispetto alla soluzione del dubbio dilemmatico l’opinione di chi scrive che molto si ritrova nella posizione di Ruggeri. Ma quel che più conta è forse il fatto che quando si discute di verità, la declinazione al plurale del termine è essa stessa regola aurea e *vera* per governare la complessità del sistema che si para davanti al giurista.

Un’ultima riflessione resta da fare a proposito del “diritto alla verità” sul quale pure Ruggeri si è soffermato. Ed è solo per ulteriormente confermare la natura intrinsecamente plurale del concetto di diritto alla verità, tenendo unite una dimensione che si gioca, per l’un verso, sul piano “personale” delle vittime e dei loro familiari e, per altro verso, su una superindividuale che trova nella collettività il titolare di un bisogno di memoria e verità e che ne mostra non solo il tratto dichiaratamente pubblico e collettivo, ma anche quello della doverosità del diritto alla verità. Tema sul quale altre volte ci è capitato di fermare la riflessione e che oggi esce ancora più nitido quanto alla necessità di ragionare su di esso.

**A.R.** L’intervista – come si vede – si chiude con delle conclusioni che lasciano, in parte, aperte molte delle questioni su cui ci siamo confrontati. Perché vero, genuino confronto è stato, dal momento che non v’è stata alcuna domanda tra quelle postemi che non disvelasse con molta chiarezza il punto di vista del mio interlocutore: un pregio innegabile, questo, per come io lo vedo, del nostro dialogo che, avviato da alcuni contributi da entrambi dati in sede scientifica, rinviene qui una sintesi, per un verso, e, per un altro verso, la sollecitudine a far luogo ad ulteriori approfondimenti.

Avverto subito, a fugare ogni possibile equivoco, di non avere la pretesa (ma, forse, dovrebbe dirsi: la presunzione) di enunciare alcuna “verità” definitiva, per restare in tema, con specifico riguardo alle ulteriori domande fattemi nelle conclusioni. Profitto, piuttosto, di esse per tentare di mettere ancora meglio a fuoco alcuni concetti di sicuro in modo troppo sbrigativo ed approssimativo rappresentati.

Muovo da quello che anch’io considero un punto fermo (o – se più piace dire – una... *verità*), su cui peraltro ho avuto l’opportunità di soffermarmi più volte in sede scientifica; e riguarda la centralità del giudice, di *ogni* giudice (sovranzazionale e interno, costituzionale e comune), chiamato ad esercitare un *munus* di cruciale rilievo in vista dell’ottimale appagamento di alcuni bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale e, *per ciò stesso*, al fine della integra trasmissione nel tempo dell’ordinamento e della sua identità, dunque pure al servizio della verità costituzionale.

Non occorre, ovviamente, esibire qui alcuna prova a conferma di quest’assunto. Basti solo pensare a quanto i giudici hanno fatto (e fanno), a volte anche con personale sacrificio, specie in talune congiunture particolarmente sofferte a motivo delle plurime ed ingravescenti emergenze da cui la Repubblica è afflitta, anche al fine di rimediare a strutturali carenze di altri operatori istituzionali, a partire dagli organi della rappresentanza politica.

Su ciò, nondimeno, ora non indugio, anche per non ripetere cose da molti e molte volte dette. Tengo solo a precisare, ancora una volta, che il “dialogo” tra le Corti ai miei occhi appare essere una risorsa davvero preziosa, imperdibile, per plurime ragioni, tra le quali due, intimamente legate l’una all’altra, meritano qui pure di essere rimarcate.

La prima è che il “dialogo” stesso è lo strumento migliore di cui si dispone in vista del conseguimento e della rappresentazione di alcune verità costituzionali, altrimenti destinate a restare appannate ed incerte, se non pure del tutto oscure. Specie laddove si faccia questione del riconoscimento e della salvaguardia dei c.d. nuovi diritti fondamentali, a me pare che la ghiera dell’obiettivo in vista della ottimale messa a fuoco dell’oggetto da ritrarre richieda non di rado di essere azionata, con somma oculatezza, da più mani. È appunto per effetto dello sforzo congiunto, corale, prodotto a più livelli istituzionali che si può coltivare con buone speranze l’ambizioso disegno di dare un qualche ristoro a taluni bisogni fortemente sentiti in seno al corpo sociale. Da un solo organo o – peggio – da un solo uomo al comando non c’è da attendersi nulla di buono; unendo gli sforzi, con onestà d’intelletto e spirito di autentico servizio, possono invece attendersi risultati non effimeri, pur alle difficili e talora persino proibitive condizioni del tempo presente.

La seconda ragione può già vedersi, in buona sostanza, in filigrana nel pensiero appena espresso.

Il “dialogo” intergiurisprudenziale è, infatti, a un tempo, servente nei riguardi della verità costituzionale e dell’ottimale appagamento dei diritti fondamentali. E, invero, i giudici, laddove si trovino investiti di questioni riguardanti i diritti stessi, tendono, per loro strutturale vocazione, a ricercare soluzioni interpretative ed applicative dei materiali normativi di cui dispongono all’insegna di quell’autentico “metaprincipio”, come a me piace chiamarlo, che è dato dalla *massimizzazione della tutela* di beni della vita costituzionalmente protetti.

Se le cose stanno così come qui sono viste, se ne ha – per tornare ad una questione di cruciale rilievo oggetto del nostro confronto odierno – che il primato del giudicato sovranazionale su quello interno, in quanto provvisto di fondamento costituzionale, si ha – come facevo notare in occasione di una mia risposta – solo *in via tendenziale*, richiedendo dunque di essere comunque sottoposto a verifica o – se più piace dire – di essere “filtrato” alla luce del “metapprincipio” suddetto. Di questa idea, d'altronde, mi sono dichiarato più volte in sede scientifica e non ho ora che da ribadire il mio fermo convincimento in tal senso.

D'altronde, il giudice nazionale che reputi di non potere dar seguito al giudicato avente origine esterna ha un solo modo per liberarsi dal vincolo che da questo gli discende: quello di denunciare il superamento dei controlimiti ad opera dello stesso. Non a caso, nel rimarcare che il primato del giudicato europeo poggia sugli artt. 10 e 11, ho esplicitamente tenuto a mettere in chiaro che questi ultimi fanno “sistema” con gli artt. 2 e 3 della Carta, espressivi della *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento. Sono, dunque, i principi in parola ad esigere che si dia spazio in ambito interno alla soluzione di volta in volta ritenuta la più idonea ad assicurare l'ottimale salvaguardia ai diritti.

Come si vede, è fuori discussione il rilievo del ruolo del giudice e, con esso, il peso della responsabilità sullo stesso gravante in ordine alla ricerca della soluzione stessa. E, poiché non credo affatto che il *singolo* operatore di giustizia sia dotato di forza erculee, ecco che si ha, ancora una volta, riprova della necessità che quest'onere sia ripartito tra tutti gli operatori in campo, ovviamente secondo le competenze proprie di ciascuno di essi ed in relazione alle circostanze in cui si trovino a fare esercizio del *munus* loro assegnato.

Le notazioni che precedono evocano – come si vede – uno scenario estremamente complesso e non privo di insidie di vario segno, tanto più numerose e considerevoli in una stagione, quale quella presente, afflitta – come si diceva – da plurime e crescenti emergenze. Ed è di tutta evidenza che la pluralità delle Carte (e delle Corti) concorre, per la sua parte, a far emergere in modo prepotente il rilievo della *teoria della interpretazione* a fronte invece del carattere viepiù recessivo della *teoria delle fonti* o, per dir meglio, di una *certa* teoria delle fonti, d'ispirazione formale-astratta, qual è comunemente accolta.

È un punto, questo, che ho molte volte toccato in sede scientifica e sul quale, dunque, non reputo qui di dover nuovamente indugiare. Tengo, tuttavia, a precisare che il canone fondamentale della massima tutela possibile dei diritti, portato ai suoi lineari svolgimenti e alle sue ultime e conseguenti applicazioni, travolge – piaccia o no (e, a mia opinione, piace) – gli stessi pilastri fondanti la teoria delle fonti ad oggi corrente. Non lo dico io, sia chiaro; non è, cioè, questo un mio personale (e da molti giudicato eccentrico) pensiero, eversivo di una quiete teorica e di un ordine concettuale ormai consolidato e da molti giudicato incontrovertibile. È, di contro, un convincimento manifestato in una sede istituzionale particolarmente accreditata, la Consulta, che, inaugurando il nuovo corso giurisprudenziale relativo alla condizione della CEDU in ambito interno, ha tenuto – come si ricorderà – a precisare nelle famose sentenze “gemelle” del 2007 che la regola secondo cui la Convenzione si presenta quale fonte “subcostituzionale”, come tale bisognosa di essere osservata dalle leggi comuni in quanto provvista della “copertu-

ra” offertale dall’art. 117, I c., può (e deve) essere ribaltata su se stessa laddove agli occhi dell’operatore di turno appaia chiaro che la fonte interna evocata in campo dal caso offra ai diritti una tutela accresciuta rispetto a quella che ne viene dalla Convenzione. Non si dimentichi, inoltre, che anche i rapporti tra quest’ultima e la Carta di Nizza-Strasburgo si informano pur sempre (e, a ben vedere, non potrebbe essere altrimenti...) allo stesso canone fondamentale. Insomma, quest’ultimo possiede generale valenza.

*Nihil novi sub soli*, dunque, nella tesi in cui mi riconosco e che qui pure tengo con fermezza a ribadire. Ed è chiaro che, una volta di più, ne risulta particolarmente rimarcato il ruolo dei giudici dal cui quotidiano servizio l’ordine costituzionale, quale si coglie ed apprezza nella sua essenza in prospettiva assiologicamente orientata, si fa e senza sosta rinnova, componendosi scomponendosi e ricomponendosi in ragione dei casi e delle loro complessive esigenze; e, con esso, si fanno ed incessantemente rinnovano le verità attinte dalla Costituzione e dalle altre Carte, sempre e solo al servizio dell’uomo, della sua dignità, dei suoi diritti.

Certo, non può negarsi – né intendo io qui farlo – che ogni criterio di fattura assiologico-sostanziale, qual è quello che si richiama al canone della miglior tutela, esponga la certezza del diritto a rischi non lievi, che dunque richiedono di essere tenuti nel dovuto conto. È un appunto critico, questo, che peraltro mi è stato molte volte fatto e che, tuttavia, non mi sembra insuperabile, per più d’una ragione.

La prima è che della certezza – come si è detto altrove – circola da tempo un’idea mitica, senza peraltro che ci si avveda da parte di quanti fanno ad essa appello che, anche a riconsiderare alcune esperienze giuridiche in prospettiva formale-astratta, la certezza è quotidianamente esposta a rischi ora più ed ora meno considerevoli; e, tuttavia, questo che è un limite strutturale innegabile è anche un motivo di fascino della teoria e della pratica giuridica.

Si pensi, ad es., al canone dell’abrogazione tacita. Stabilire quando ricorrano le condizioni per predicarne il riscontro e quando le stesse facciano invece difetto è questione di cui nessun operatore può dirsi sgravato. Ma, poi, è la stessa interpretazione giuridica, in ciascuna delle sue innumerevoli espressioni, a risultare comunque fortemente segnata da un tasso di soggettività innegabile ed ora più ora meno consistente. E via dicendo.

Ad ogni buon conto, davvero risolutiva a me appare essere l’ambientazione della questione ora nuovamente discussa al piano della teoria della Costituzione. Se è, infatti, vero che la Costituzione risulta, nella sua essenza, composta da un fascio di valori fondamentali positivizzati e da un pugno di canoni posti nella stessa Carta al fine di darvi la *prima e diretta* specificazione-attuazione, è alla luce ed in funzione di essi, in vista cioè del loro ottimale appagamento, che va ricostruito l’intero ordinamento e, con esso, l’insieme delle dinamiche che al suo interno prendono forma ed incessantemente si rinnovano.

Ancora una volta, particolarmente istruttive sono alcune indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale che, nuovamente, rendono testimonianza del rilievo della prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico.

Si pensi, ad es., alla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, espressiva di una differenza di rango esistente tra norma e norma della Costituzione, alcune di esse, per il fatto stesso di dar voce ai principi fondamentali dell’ordinamento, richiedendo di essere

messe al riparo da innovazioni alle quali possono invece andare (e, non di rado, vanno) soggette le norme restanti.

Si pensi, ancora, ai limiti all'abrogazione referendaria, segnatamente nel caso che obiettivo dei promotori sia la rimozione di norme idonee a dare una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti. Ed è appena il caso qui di accennare di sfuggita che ciò che si reputa valere per l'abrogazione popolare non può non valere, per l'aspetto ora in esame, per ogni forma di avvicendamento normativo nel tempo.

E, ancora, si considerino le norme che, ai sensi di quanto dispone l'art. 117, II c., lett. m), fissano i non meglio precisati "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali bisognosi di essere uniformemente garantiti in ogni parte del territorio nazionale.

E così via.

La teoria e la pratica giuridica sono quotidianamente chiamate a misurarsi con questioni che necessitano di essere viste in prospettiva assiologico-sostanziale. Che ne è, dunque, della certezza del diritto?

Ebbene, la conclusione alla quale sono più volte pervenuto e che qui pure reputo di dover tenere ferma è che l'unica certezza del diritto che io riesca a cogliere ed apprezzare è quella che, nel vivo dell'esperienza, si dimostri in grado di convertirsi e risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività – la massima possibile, alla luce delle condizioni oggettive di contesto – della loro tutela. Una tutela – è superfluo, a questo punto, dover precisare – che solo di volta in volta e secondo l'apprezzamento del singolo operatore può stabilirsi.

È chiaro che ciò può portare all'esito dell'affermazione di plurime verità costituzionali: astrattamente tante per quanti sono gli operatori e persino, per uno stesso operatore, nel tempo, in ragione dei mutamenti di contesto di cui dovesse aversi riscontro.

La Costituzione, però, come rammentavo facendo richiamo di alcune indicazioni teoriche di accreditati studiosi, è perennemente in "moto", in "evoluzione"; e, con essa, soggette a mai finita evoluzione sono le verità da essa estratte al servizio dell'uomo e dei suoi più avvertiti bisogni.



### Una riflessione sulla ricerca giuridica condotta mediante la comparazione diacronica



Tommaso dalla Massara

**SOMMARIO:** 1. Conoscenza, comparazione, comparazione diacronica. – 2. Il lavoro del comparatista-storico. – 3. Il rischio della ricerca. – 4. Notazioni a margine. – 5. «Descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile».

#### 1. Conoscenza, comparazione, comparazione diacronica

È attorno a una domanda – al tempo stesso semplice e ineludibile – che questa mia breve riflessione trova la sua origine: quali sono i tratti peculiari (e pertanto caratterizzanti) di una ricerca giuridica che venga condotta attraverso la comparazione diacronica?

Certo, occorre avvertire fin da subito che non potrebbe allestirsi in questa sede una riflessione *in apicibus* sullo statuto epistemologico – se così si può dire – di una ricerca scientifica che risponda alla metodologia della comparazione diacronica; ben può intendersi che poco senso avrebbe il tentativo di definire quasi in via ingegneristica un metodo di lavoro. D'altra parte, è evidente che ciascuna delle innumerevoli strade metodologiche che possono condurre a esiti scientifici significativi meriterebbe di essere vagliata in concreto, perché solo in questo modo potrebbe esserne saggiata la proficuità, ossia sempre con riguardo alle specificità dell'oggetto di studio prescelto.

Eppure, certamente non potrebbe dirsi appagante una risposta elusiva o, tutt'al più, relativistica.

Tante e assai spinose sono le questioni che si pongono: e allora varrà la pena di affrontarne almeno alcune.

Se si parla di comparazione diacronica<sup>1</sup>, sarà da intendersi che il percorso di conoscenza preveda lo sviluppo di una dialettica tra passato e presente.

Insomma, in un modo o nell'altro, si tratterà di instaurare canali di dialogo, più o meno esplicito, tra il diritto del passato e quello del nostro tempo.

È da precisare in modo ancor più chiaro che la questione è da porsi nei termini di ipotesi di costruzione della dialettica tra passato e presente, fermo restando che infinite sono le possibilità – tutte rilevanti – di immaginare questa stessa dialettica.

Un punto però è certo: per come si presenta la questione, appare evidente che ci si trova di fronte a un problema che attiene alla conoscenza; si apre, quindi, un problema di natura schiettamente epistemica, e ciò deve intendersi nel senso che l'obiettivo è quello di valutare se la comparazione diacronica possa o meno condurre ad apprezzabili esiti di conoscenza<sup>2</sup>.

Premesso che la mia risposta sarà – lo si può bene immaginare – di segno positivo, conviene prendere le mosse da una constatazione piuttosto banale: come in altre occasioni ho rilevato<sup>3</sup>, l'idea stessa della comparazione come modalità della conoscenza non rappresenta affatto un'esclusiva dei giuristi, bensì costituisce un patrimonio più che consolidato delle scienze sociali<sup>4</sup>.

Ebbene, tra i più significativi itinerari culturali sulla comparazione intesa esattamente in termini di modalità della conoscenza un cenno merita senz'altro quello compiuto da Marc Bloch, in specie a margine di un *projet d'enseignement* destinato ai corsi del Collège de France.

---

<sup>1</sup> L'espressione è senza dubbio nota al dibattito e, tuttavia, evidentemente polisemica: tra i suoi impieghi più risalenti nel dibattito italiano, merita di essere ricordato quello di SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno (comparazione diacronica o problema della 'continuità')*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 170 s., il quale però intendeva tale comparazione anzitutto in termini di continuità storica di «concetti, schemi, termini, forme logiche create da una determinata giurisprudenza o da determinati giuristi (nel caso: da quelli romani)»; al contempo, Serrao sottolineava che «il pensiero giuridico non può essere isolato dal quadro storico-culturale generale e dalle strutture economiche e sociali in cui opera». Di certo, nella riflessione di Serrao la continuità non sfocia mai nella banalizzazione del continuismo (ciò, andrebbe soggiunto, soprattutto in forza dell'impostazione robustamente materialistica e storicistica abbracciata dall'autore).

<sup>2</sup> Mi permetto di rinviare alle riflessioni che, in argomento, avevo sviluppato in *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di BRUTTI e SOMMA, Frankfurt am Main, 2018, III ss., in specie 114 ss.

<sup>3</sup> Da ultimo in DALLA MASSARA, *Conoscenza, comparazione e problemi di comparazione diacronica: a vent'anni dai fondamenti del diritto europeo*, in *AUPA*, 2019, 333 ss.

<sup>4</sup> In questa prospettiva, preziose mi paiono le riflessioni raccolte nel volume *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, a cura di RESTA, SOMMA, ZENO-ZENCOVICH, Milano-Udine, 2020: segnalo in specie i saggi che compongono la prima Sezione, di Stefano Rapisarda, Fabio Dei, Federico Bertoni e Luca Baldissera, cui adde l'introduzione di RESTA, *L'albero e l'onda: il discorso della comparazione al crocevia delle discipline*, 9 ss.



Va detto che, tra gli anni Dieci e i Venti del Novecento, quell'itinerario trovò punti di preziosa condensazione, dai quali oggi è difficile prescindere; ma vale la pena cedere la parola a Bloch: «selezionare in uno o più ambienti sociali differenti, due o più fenomeni che sembrano, di primo acchito, presentare fra loro talune analogie, descrivere le curve delle loro evoluzioni, constatare le somiglianze e le differenze e, per quanto è possibile spiegare le une e le altre. Dunque sono necessarie due condizioni perché ci sia, storicamente parlando, comparazione: una certa somiglianza tra i fatti osservati – è ovvio – e una certa difformità tra gli ambienti in cui essi si sono prodotti»<sup>5</sup>.

È opportuno ricordare che, nell'agosto del 1928, Bloch partecipò al VI Congresso internazionale di scienze storiche a Oslo, presentando una relazione dal titolo 'Per la storia comparata delle società europee'<sup>6</sup>, in esito alla quale perveniva a conclusioni in cui, per un verso, si esprimeva in un senso nient'affatto ostile a un'assai legittima specializzazione della conoscenza e, per altro verso, stigmatizzava però tutte le «chiusure arbitrarie».

Si trattava dunque di intraprendere uno sforzo di innovazione metodologica, la quale spalancasse le porte a una comparazione a tutto tondo, da intendersi tanto a maglie larghe quanto a maglie strette; e quello stesso sforzo era sostenuto dalla tenace volontà di passare finalmente dall'enunciazione di merito, in sé non nuova, dell'importanza del comparatismo a un'autentica pratica della comparazione.

Alle spalle di Bloch, in effetti, meritano di essere ricordate altre esperienze significative, come per esempio quella di Henry Pirenne, ma anche – più vicina a Bloch – quella di Charles-Victor Langlois.

In particolare, per Langlois l'intendimento di dar corpo a una comparazione quantomai ampia era già assai forte, se «the comparative method, which has done so much service in the natural sciences, finds its applications also in philology, which is the natural history of language, and in political history, which is the natural history of society. If historical science does not consist solely in the critical enumeration of the past phenomena, but rather in the examination of the laws which regulate the succession of such phenomena, clearly its chief agent must be comparison of phenomena and run parallel in the different nations»<sup>7</sup>.

Di seguito, il lavoro di Bloch si sarebbe dimostrato fondamentale per sviluppare, sempre dentro il metodo della comparazione, un'attenzione speciale per i bisogni e i sen-

---

<sup>5</sup> Così BLOCH, *Storici e storia*, Torino, 1997, 109 s. (in origine, *Critique historique et critique du témoignage. Discours prononcé à la distribution des Prix, année scolaire 1913-1914*, Amiens, 1914). Sull'attualità di Marc Bloch, di recente, BALDISSERA, *Della comparazione in storia. Prospettive della storia comparata sull'epoca contemporanea*, in *Comparare*, cit., 113 ss.

<sup>6</sup> Si veda ERDMANN, *Die ökumene der Historiker Geschichte der internationalen Historiker-Kongresse und des Comité International des Sciences Historiques*, Göttingen, 1987, 163 ss. Sulle vicende di quegli anni si è soffermato MORES, *Marc Bloch, il Collège de France e le forme della comparazione storica*, in *Quaderni storici*, 2005, 555 ss.

<sup>7</sup> Cfr. LANGLOIS, *The Comparative History of England and France during the Middle Ages*, in *The English Historical Review*, V, 1890, 259.

timenti che si agitavano nel tessuto storico, fin quasi a scandagliare le «realità organiche sottostanti»<sup>8</sup>. Solo in questo modo si sarebbe riusciti a concepire una *histoire comparée des sociétés européennes* – giacché è nella dimensione dell'Europa, nonché in special modo dell'Europa medievale, che quella sperimentazione avrebbe trovato il proprio terreno d'elezione – che mettesse in relazione le curve evolutive di fenomeni paralleli, lontani nello spazio e nel tempo oppure vicini e contemporanei.

La comparazione veniva allora ad apparire quasi come un fenomeno plasticamente rappresentabile, «essenzialmente un procedimento di interpolazione delle curve»: colpisce nel testo l'insistenza sulla parola 'curva'; e in forza di quell'interpolazione tra curve sarebbe stato possibile gettare una luce sugli accadimenti.

Ecco quindi il tentativo di un nuovo lumeggiamento *heuristique*<sup>9</sup>, secondo un linguaggio sul quale avrò occasione di tornare in prosieguo: sta di fatto che sarebbe stato possibile acquisire una conoscenza comparata attingendo dai più diversi comparti del sapere.

Nulla di strano, pertanto, se si fossero sottoposte a comparazione le porte bronzee di Trani, Ravello e Monreale, le quali avrebbero a loro volta esibito elementi comuni e differenti rispetto a quelle di Benevento e di Santa Maria Novella<sup>10</sup>; si sarebbe trattato, per l'appunto, di una comparazione a maglie strette frutto dell'interpolazione di curve storiche differenti, però tutto ciò avrebbe contribuito a una comprensione ampia e rotonda, senza le chiusure arbitrarie vivacemente stigmatizzate da Bloch.

## 2. Il lavoro del comparatista-storico

Al di là di quel che può osservarsi con riguardo al binomio rappresentato da conoscenza e comparazione, conviene adesso tornare sulla comparazione diacronica in senso giuridico: il lavoro che si prefigura, per chi intenda utilizzare la comparazione diacronica, appare dunque – e questo già mi pare una significativa acquisizione – da svolgersi secondo parametri comparatistici; e si tratta di parametri che attengono alla modalità della conoscenza, prima che al suo oggetto<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. BLOCH, *Storici e storia*, cit., 74.

<sup>9</sup> L'espressione è ripresa da DUMOULIN, *Marc Bloch*, Paris, 200, 87: «la nouveauté absolue [...] suppose la création d'un enseignement sur la base d'une démarche heuristique».

<sup>10</sup> Per maggiori dettagli, BLOCH, *Storici e storia*, cit., 201 s.

<sup>11</sup> Com'è noto, il tema – comparazione come oggetto ovvero come modalità della conoscenza – è complesso: in termini molto chiari, di recente, SOMMA, *Comparare è giudicare*, in *Comparare*, cit., 241 ss., ove sono riferimenti di letteratura; inoltre, PASCUZZI, *La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta propulsiva?*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 379 ss. in precedenza, tra i tanti basti qui richiamare SACCO, *Che cos'è il diritto comparato?*, Milano, 1992; nonché GAMBARO, MONATERI, SACCO, *La comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 48 ss.

La comparazione di cui stiamo parlando presenta dunque la peculiarità di assumere quali elementi del raffronto figure o modelli giuridici che si collocano non nella sincronia, bensì nella distensione cronologica.

L'idea di fondo, come già accennato, è nel senso che possa proficuamente condursi una ricerca comparatistica declinata nella dimensione diacronica in quanto uno o più degli elementi della comparazione riconduce al passato e l'altro (o gli altri) al presente.

Occorre allora pensare che il comparatista-storico, al pari di ogni altro comparatista, muova all'individuazione di almeno due figure o modelli giuridici di cui intenda mettere a paragone i profili strutturali e funzionali: per un verso, una figura o un modello del passato e, per altro verso, una figura o un modello del presente, salvo tutte le possibili varianti offerte da una comparazione triangolare o comunque pluriangolare<sup>12</sup>.

Naturalmente, nessuna necessità vi è che il raffronto risponda a simmetria tra le parti messe in relazione, né che il confronto sia strutturato secondo paradigmi prefissati; ancora: non è decisivo che la comparazione sia condotta su scala micro oppure macro.

A margine, si noti peraltro che la varianza della scala di rappresentazione della ricerca si pone in dipendenza di un'enormità di fattori da tenere in considerazione (quanto alla storiografia, poi, in relazione a quest'aspetto evidenti sono i corsi e ricorsi nelle tendenze metodologiche<sup>13</sup>).

Certo è, in ogni caso, che il *quid proprium* del comparatista-storico è di attingere dal bacino della storia e non soltanto da quello del presente, ammesso che nel raffronto tra figure e modelli del presente si voglia molto all'ingrosso semplificare il modo di lavora-

---

<sup>12</sup> L'idea di una comparazione triangolare o pluriangolare – in quanto implicata nel metodo c.d. storico-comparatistico – è peculiare dell'impostazione di ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, a cura di SCHULZE, Berlin, 1991, 61 ss. Nel dibattito italiano, sul punto, GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di CERAMI e SERIO, Torino, 2013, 63 ss., in specie 66: «nella prospettiva indicata ben può essere instaurato il confronto diretto tra il modello romano e quello attuale, tralasciando l'esperienza storica intermedia, poiché lo scopo non è (solo) quello di ricostruire la storia di istituti e regole, bensì quello di confrontare due modelli 'temporalmente' lontani (così come si possono confrontare 'spazialmente' lontani), modelli che in molti casi – soprattutto per gli ordinamenti dell'Europa continentale e per quelli extra-europei che dai primi sono stati influenzati – hanno anche un rapporto di derivazione, più o meno diretta, l'uno dall'altro. Non comprendo però per quale motivo la comparazione giuridica, perché di questo si tratta, tra modelli lontani nel tempo, senza che necessariamente si debba costruire la continuità storica – non sempre in realtà esistente o dimostrabile appunto come 'continuità' – non possa e debba avere la stessa legittimità scientifica della comparazione tra modelli contemporanei».

<sup>13</sup> Si pensi, per esempio, al significato che assunse, in una certa stagione (anche ideologica) della storiografia, il lavoro di GINZBURG, *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500*, Torino, 1976, paradigmaticamente micro-orientato fin già nel titolo. Su analisi micro e macro, cfr. CASABONA, *Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 95 ss.

re del comparatista puro; ma, soprattutto, ammesso che il comparatista puro oggi esista ancora<sup>14</sup>.

Un'osservazione merita di essere evidenziata sulla base di quanto detto: che si tratti di costruire una comparazione sincronica oppure di mettere a paragone modelli giuridici nella diacronia, comunque quella degli oggetti della comparazione è una scelta che, in quanto legata a presupposti e obiettivi della ricerca, non muove da alcun dato che possa determinarsi a priori; con particolare riguardo alla comparazione, bene emerge dalle parole sopra riportate di Bloch che chi intraprende la strada della comparazione costruisce un'ipotesi di lavoro e di quel lavoro, alla fine del percorso, è chiamato a ostendere i risultati: ciò fermo restando che premesse, svolgimento e conclusioni rientrano pienamente nel margine di rischio della ricerca.

Di quella ricerca, poi, resta chiaro che occorre vagliare gli esiti in termini di conoscenza.

Sia consentita ora una breve riflessione a margine, a precisazione dei passaggi finora compiuti.

Se il *quid proprium* di una ricerca comparatistica – in questo caso, declinata nella prospettiva diacronica – si rinviene nell'identificazione di figure o modelli che vengono posti a raffronto, chiaro è che di per sé resta escluso che possa assumere significato, in termini di comparazione, un lavoro che viceversa si focalizzi sulla ricostruzione di uno sviluppo continuo, a mo' di *excursus* lungo l'asse del tempo, delle vicende che riguardano una certa figura o di un certo modello; in altri termini, se il tema è affrontato lungo la linea di un *continuum* storico, si tratterebbe di una ricerca che, in via di prima approssimazione, potremmo definire *tout court* storica, ma certo non comparatistica: rispetto a quella ricerca, poi, poco muterebbe dal punto di vista metodologico se l'arco di tempo preso a riferimento fosse più o meno lungo, se del caso esteso addirittura fino all'oggi<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Naturalmente, il discorso – che propongo in termini così marcatamente semplificati – rimane un passo a monte rispetto al problema dei molti e differenti modi di intendere la comparazione (che per esempio, nel solco tracciato da Gorla, è essa stessa, per lo meno in esito a un peculiare percorso culturale, immersa nella storia: cfr. LUPOLI, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi*, in *Foro it.*, 1994, V, 448 ss.; BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., in specie 69 ss.). Vale sottolineare che oggi il discorso comparatistico appare radicalmente mutato fin nei suoi stessi presupposti: quanto alle difficoltà recentemente poste da una comparazione sconfinata, disorientata di fronte alle porosità del contemporaneo, cfr. VIGLIONE, *I 'confini' del diritto privato comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 162 ss.; ID., *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale*, in *www.comparazioneDirittoCivile.it*, 2012, 1 ss. La prospettiva era stata ben indicata da HUSA, *About the Methodology of Comparative Law - Some Comments Concerning the Wonderland*, Maastricht, 2007; per un bilancio generale sulla comparazione, a cento anni dalla sua 'invenzione', BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung*, in *Juristen Zeitung*, 2016, 269 ss.; a margine dei profondi mutamenti cui la comparazione è chiamata a far fronte, LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 245 ss.

<sup>15</sup> Quanto affermo esibisce margini di approssimazione assai ampi: per esempio, si potrebbe distinguere la «diacronia» dalla «storia», in ragione della maggiore o minore distanza dalle «fonti

Per esemplificare, una storia del diritto privato in Europa da Roma ai nostri giorni non rappresenterebbe propriamente un lavoro di comparazione diacronica; beninteso, non nego affatto che ciò possa rivelarsi come una ricerca significativa, ma il punto è che si tratterebbe pur sempre di un lavoro schiettamente storico; inoltre, diverso discorso è se, per una serie molto ampia di considerazioni, un lavoro così concepito assuma o meno una valenza scientifica, o piuttosto didattico-divulgativa: ci si potrebbe chiedere se l'arco cronologico sia troppo ampio, se le fonti siano state sufficientemente approfondite, etc. (questa è tutt'affatto un'altra faccenda); inoltre, quel medesimo lavoro potrebbe al suo interno contenere elementi di comparazione (ecco qui ancora un'altra questione).

Viceversa, in termini di comparazione diacronica pare a me che sia da intendere la ricerca che, per ipotesi, si focalizzi sulle *actiones aediliciae* nel processo formulare classico, per un verso, e sui rimedi consegnati al compratore dalle norme di cui agli artt. 1490, 1492 e 1497 c.c., per altro verso<sup>16</sup>. In questo caso, due modelli rimediali distanti nel tempo verrebbero messi a raffronto, proprio per indagarne le continuità e le discontinuità, le une lumeggiate dalle altre.

### 3. Il rischio della ricerca

Come già accennato, ogni ricerca comparatistica identifica in concreto le proprie tappe essenziali, in relazione al percorso che l'autore ritenga di tracciare, nonché in relazione alla coerenza che quel percorso sia in grado di evidenziare.

Esemplifico, anche in questo caso: se s'intende proporre un lavoro di comparazione diacronica in tema di dolo incidente, a mio giudizio non ci si potrebbe limitare a un confronto tra le fonti riferibili alla Roma classica e la figura definita all'art. 1440 del codice civile italiano (sempre che si voglia rimanere con lo sguardo sull'ordinamento italiano); in effetti, sarebbe qui errato trascurare che la specifica vicenda del dolo incidente mostra dei punti di snodo, imprescindibili nell'economia intrinseca del discorso, che suggeriscono di meglio scandire l'arco di tempo intermedio tra talune fonti relative all'elaborazione del dolo in seno alla giurisprudenza romana e il sistema vigente<sup>17</sup>.

---

originali, con particolare rilievo agli aspetti fondanti della filologia e dell'esegesi delle fonti stesse», MONATERI, *Morfologia, Storia e Comparazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 268. Peraltro, non si potrebbe certo dubitare del fatto che, se s'intende fare storia, occorre farlo con le fonti: per tutti, FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino, 1992, 70.

<sup>16</sup> Del confronto tra questi modelli mi ero già occupato in DALLA MASSARA, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, 838 ss.

<sup>17</sup> Il che spero emerga da DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, 2011, 609 ss.

Gli elementi della comparazione sono dunque identificabili in relazione alla logica della specifica indagine, nonché sempre e unicamente per scelta e responsabilità di chi porta avanti la ricerca.

Si è giunti qui a un punto – cui per vero avevo già fatto cenno – che a me sembra essenziale.

Quando si percorre la via della comparazione, sempre è necessario accettare il rischio implicito nell'assunzione degli elementi della comparazione.

Va ribadito, sotto questo primo profilo, che non v'è un differenziale specifico tra la comparazione sincronica e quella diacronica.

Per meglio esprimere quel che esattamente intendo, è opportuno ritornare, almeno per un momento, sul profilo degli esiti di conoscenza cui la ricerca tenta di orientarsi.

Pare a me che debba ritenersi del tutto acquisito alla consapevolezza di chi voglia sviluppare una conoscenza giuridica (in qualunque direzione) il tema della gestione di quell'insopprimibile componente di arbitrarietà – e intendo il termine in senso nient'affatto provocatorio – che vi è nella scelta dei punti di partenza dell'indagine, per un verso, nonché, per altro verso, della più piena e trasparente verificabilità/falsificabilità del lavoro che conduce agli esiti della medesima indagine.

Basterebbe allora il richiamo alla lezione proveniente dall'epistemologia della seconda metà del Novecento per smentire qualsivoglia pretesa di obiettività che si pensasse di riferire all'assunzione delle premesse della ricerca: e ciò appare non meno evidente nella ricerca giuridica, rispetto a ogni altra, quantomeno dopo la lezione gadameriana<sup>18</sup>.

Senza voler su ciò aprire qui un cono di luce troppo ampio, credo possa essere utile un cursorio richiamo alle pagine di *Wahrheit und Methode*; pagine dalle quali ben si trae la più lucida – e definitiva, a mio giudizio – lezione di demitizzazione di ogni residua velleità obiettivante rispetto alla 'posizione' dell'oggetto dell'indagine: *Wahrheit* non è (neppure) nella 'posizione' dell'oggetto, mai e in nessun caso, bensì (semmai) nella messa a nudo dei punti di partenza dell'analisi nella loro soggettività.

Da questo punto di vista, non v'è differenza tra la situazione in cui opera lo storico e quella in cui si muove il giurista: «un accesso immediato all'oggetto storico, che ci metta in condizione di conoscere la sua posizione 'obiettiva' non vi può essere. Lo storico deve fare lo stesso tipo di riflessione che guida il giurista»<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Si veda GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, di cui utilizzo la trad. it. a cura di VATTIMO, *Verità e metodo*, Milano, 1987, in specie 376 ss. Declinato sul piano della ricerca giuridica comparata, il tema risulta ben chiarito da ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, ed. it. a cura di DI MAJO e GAMBARO, Milano, 1998, 34 ss.; sulle analogie metodologiche tra storia del diritto e comparazione giuridica, inoltre, KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in *JuristenZeitung*, 1992, 20 ss.

<sup>19</sup> Così GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 379 s.; il tema dell'identità dei criteri di validazione della ricerca comparatistica e di quella storica è sviluppato anche da GORLA nella voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1963.

La riflessione su *Wahrheit und Methode* ci indurrebbe poi, ancora in un'ottica di piena acquisizione di consapevolezza in ordine a scopi e metodi della ricerca, a qualche ulteriore ragionamento sul tema della 'precomprensione', la quale – com'è noto – almeno dopo Gadamer non si reputa più riducibile a oggetto di rimozione, quasi fosse il *refoulé* di cui trattano gli psicanalisti; bensì, coerentemente, quella precomprensione va esplicitata e posta in premessa di un discorso intellettualmente onesto, che abbia l'ambizione, attraverso continui processi di verifica, di recare un contributo di conoscenza<sup>20</sup>.

Mi fermo però su questi aspetti, aggiungendo soltanto che, in ogni caso e comunque, anche quando si intendesse condurre uno studio non orientato in prospettiva di comparazione diacronica, non diversi sarebbero i problemi e le difficoltà rispetto al tema della 'posizione' dell'oggetto della ricerca.

Anche qui esemplificando, qualora si voglia impostare un'indagine tradizionalmente esegetica su un certo aspetto della responsabilità per evizione nel contratto di *emptio venditio* in epoca classica, la domanda dovrebbe essere: cosa suggerisce allo studioso di prendere in esame o comunque di valorizzare una certa fonte e non un'altra, di tracciare un determinato percorso tra quelle fonti e di stabilire connessioni, nessi e infine di giungere a talune conclusioni?

Chi svolge la ricerca compie non evitabili atti d'arbitrio che una corretta metodologia impone di evidenziare con chiarezza, perché se del caso li si sottoponga a critica.

Il rischio della ricerca grava sempre su chi la conduce, e si tratta di un rischio che – come detto – non è dissimile in ragione dell'oggetto prescelto; sempre identica è, quindi, la necessità di mettere a nudo i punti di partenza e gli sviluppi di un certo itinerario.

Qui mi fermo su questi aspetti metodologici, giacché il pericolo è quello di allontanare lo sguardo dal focus che mi ero prefissato: e vorrei invece tornare a concentrare specificamente l'attenzione sulla comparazione diacronica.

#### 4. Notazioni a margine

È opportuno ora aggiungere talune notazioni che possano contribuire a meglio chiarire come a mio giudizio possa intendersi la comparazione diacronica.

Anzitutto, nel praticare la comparazione diacronica, si pone il problema della direzionalità da imprimere alla ricerca; per essere più chiaro, ritengo che la comparazione diacronica sia preferibilmente da svilupparsi procedendo à *rebours* lungo il corso della storia, ossia muovendo dai problemi collegati a un modello della contemporaneità per costruire, accanto a questo, la comparazione con i profili del modello *in antiquo*, in tal

---

<sup>20</sup> Si veda GADAMER, *Verità e metodo*, cit., in specie 384. Certo, non ho alcuna pretesa di sottrarre a possibilità di critica il pensiero gadameriano: però resta fermo che da quel pensiero, almeno per i profili evidenziati, appare difficile prescindere; sulla celebre disputa tra Gadamer e Betti, per estrarne alcune considerazioni di sicuro interesse per chi pratica la comparazione e al contempo la storia, è tornato IRTI, in *Categorie romanistiche nella disputa ermeneutica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1038 ss.

modo mettendo in opera un lavoro di scavo che consenta di tratteggiare la genealogia di un'idea.

I principali rischi insiti in un'operazione di questo tipo sono risaputi: occorre tenersi ben discosti dal pericolo di cadere nel gioco consolatorio dei facili riconoscimenti (il presente e il passato vanno mantenuti nella giusta distanza); bisogna poi non adagiarsi nella mitologia dell'*Ursprung*, che tutto spiega con immediata evidenza.

Insomma, la banalizzazione è sempre in agguato.

Poc'anzi ho parlato di genealogia di idee, utilizzando quindi un lessico che certo non è senza padri, giacché non mancano nel pensiero del Novecento contributi che, pur elaborati non in relazione diretta ai temi del diritto (bensì semmai soltanto lambendolo), hanno esplorato percorsi e metodi legati a una prospettiva epistemica orientata a costruire conoscenza sulla base del confronto diacronico; né è necessario qui soffermarsi troppo a lungo su ciò che ormai costituisce un bagaglio imprescindibile per chi oggi si prefigga di fare storia delle idee<sup>21</sup>.

Anche in questo caso, la propensione per un procedere *à rebours* è da intendersi in senso unicamente orientativo: la comparazione diacronica a ritroso rappresenta la modalità di impostazione della ricerca che a me pare in linea generale convincente per un più esatto allineamento dei problemi; così è dato procedere nel senso di una decostruzione critica piuttosto che nel senso di una retoricizzazione dell'origine. Ma, ancora

---

<sup>21</sup> Cfr. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, trad. it., Torino, 2004; Id., *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it., Milano, 2009: il riferimento foucaultiano vale però qui a indicare, più ampiamente, che da più parti sembra essersi attivata un'attenzione forte e nuova verso metodiche che siano in grado di trasporre nell'ambito della storiografia giuridica il procedere 'genealogico' (senza qui soffermarci sulla distinzione che lo stesso Foucault dopo un certo momento delineò rispetto a quello 'archeologico', almeno da quando ebbe a maturare una sorta di rinuncia alla ricerca stessa di un *arché*, come ben evidenzia STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne, Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di BONIN, HAKIM, NASTI, SCHIAVONE, Torino, 2019, 59 ss.; in argomento, si veda anche STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010). Con preferenza per un impiego al plurale, 'genealogie', si veda inoltre quanto osserva BRUTTI, *La solitudine del presente*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, cit., 295 ss., ove, in particolare, 299, nt. 6: ivi è ricostruito l'itinerario intellettuale sviluppato da Michel Foucault, a partire da una suggestione proveniente dal Nietzsche della *Genealogia della morale*; in effetti, proprio nel lavoro del 1971 intitolato *Nietzsche. La généalogie, l'histoire* – poi raccolto in trad. it. all'interno di *Microfisica del potere*, Torino, 1977 – Foucault aveva avviato una riflessione che poi a lungo avrebbe accompagnato le sue indagini. A conferma del progressivo assorbimento di meccanismi e metodi tipici dell'elaborazione foucaultiana nel contesto del più recente e consapevole discorso giuridico – e segnatamente entro il perimetro di un discorso sul metodo – si noti la pubblicazione di *Wahrheit und Macht. Interview mit Michel Foucault von Alessandro Fontana e Pasquale Pasquino in Privatrechtstheorie*, I, herausgegeben und verfasst von GRUNDMANN, MICKLITZ, RENNER, Tübingen, 2015, 1064 ss. (si tratta della traduzione in tedesco di un'intervista resa originariamente in italiano); più ampiamente, i due volumi dell'ambiziosa raccolta rappresentano lo sfondo ideale del dibattito europeo, in lingua tedesca, entro il quale possono essere collocate molte delle riflessioni che in queste pagine ho cercato di sviluppare.



una volta, solo una progettazione del piano di lavoro caso per caso potrà comprovare la maggiore o minore bontà di quest'orientamento di massima.

Anche al di là della direzionalità della ricerca, ben si comprende che a esiti di improbabile plausibilità giungerebbe chiunque s'illudesse di disegnare la comparazione diacronica secondo meccaniche che definirei evoluzionistico-darwiniane, confidando magari di tracciare traiettorie in grado di portare per via rettilinea dal passato al presente o viceversa<sup>22</sup>.

Senza dubbio, non è questa la comparazione diacronica alla quale sto pensando come modello di conoscenza.

Nel raffronto, il comparatista-storico sarà invece chiamato a lavorare per sovrapposizione, quasi come un geografo che tenti di mettere in stratigrafia la figura o il modello giuridico del presente rispetto a una figura o a un modello del passato.

L'operazione conoscitiva – come in altra occasione ho avuto modo di osservare<sup>23</sup> – presenta alcune assonanze con quella che conduce, nel linguaggio dei fisici, alla conoscenza retrodittiva. Ci si prefigge di determinare la posizione e la quantità di moto di una particella in via retrospettiva, da un momento  $x$  a un momento  $x-1$ , sulla base di un certo numero di elementi noti (e, più di un certo numero, non potranno essere, esattamente come nell'analisi storico-giuridica).

Il riferimento a un processo conoscitivo praticato nella fisica è utile anche perché suggerisce di accettare un modello di ricerca scientifica del tutto consapevole dell'insta-

---

<sup>22</sup> Il punto mi pare ben chiarito da FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in *Scopi e metodi del diritto e formazione del giurista europeo*, a cura di GAROFALO, Napoli, 2017, in specie 14; peraltro, già SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, cit., 184, ammoniva: «si rischia di concepire il processo storico giuridico come uno sviluppo lineare dalle origini di Roma al mondo attuale. E una tale concezione nettamente smentita dalla realtà». In effetti, il rischio di una ricostruzione assai ingenua – in definitiva depauperante rispetto alla ricchezza che sempre risiede nella contraddizione, nella spezzatura, nell'irregolarità della storia – ha percorso l'assai vasta letteratura che negli ultimi anni ha collegato lo studio del diritto di ieri al presente. Mi sembra ben cogliere il rischio insito nell'impostazione che – per semplicità – ho denominato evoluzionistico-darwiniana FUSARO, *I corsi di sistemi giuridici comparati e di diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Contr. e impr.*, 2016, 333, il quale suggerisce di «considerare le esperienze storiche non quali antecedenti, ma come modelli concorrenti con quelli contemporanei». Da sempre lontano da ricostruzioni della comparazione orientate in senso retorizzante SOMMA, *Comparare è giudicare*, cit., in specie 246 ss.

<sup>23</sup> Cfr. DALLA MASSARA, *Lo storico*, ne *La Scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali*, a cura di VISINTINI, Napoli, 2013, in specie 186 ss., ove sviluppavo alcune considerazioni partendo da HEISENBERG, *Indeterminazione e realtà*, Napoli, 1991, 128, il quale precisava che «nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi ad una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni) è piuttosto rimesso al gioco del caso».

bilità dei presupposti di partenza: ma qui, di nuovo, è sufficiente far richiamo *en bloc* all'ampio contributo offerto dall'epistemologia contemporanea<sup>24</sup>.

Sono persuaso che il lavoro del comparatista-storico meriti di essere orientato a indagare tutti gli aspetti – anche quelli antropologici, religiosi, culturali nel senso più lato<sup>25</sup> – delle figure e dei modelli che sono messi in gioco nel raffronto, però senza mai perdere la precipua attenzione che meritano i meccanismi tecnico-giuridici; in effetti quei meccanismi, pur dentro una tessitura più complessa, devono potersi rendere leggibili.

La filigrana del diritto si lascia individuare anche dentro l'intreccio più intricato ed eterogeneo: e non fa differenza tra diritto e diritto, giacché è sicuramente fecondo lo studio delle strutture del diritto privato così come delle organizzazioni sociali, del diritto sostanziale come di quello processuale.

In ogni caso, credo che una proposta in direzione della comparazione diacronica debba sforzarsi di parlare – bettianamente, almeno in questo senso<sup>26</sup> – da giurista a giuristi: e dunque, in relazione agli oggetti di indagine, deve essere individuato volta per volta – altrettanto bettianamente – il problema giuridico, cosicché ciascuna delle singole

<sup>24</sup> Per tutti, GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 376 ss. Proprio una siffatta instabilità induce ad accettare con consapevolezza la necessità che nella ricerca si proceda per aree circoscritte, come suggerito da HINTIKKA, *Self-profile*, in BOGDAN, *Jaakko Hintikka. A profile*, Dordrecht, 1987, 9.

<sup>25</sup> Già SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno*, cit., 172: «pertanto l'identità, la somiglianza o, comunque, la derivazione di forme o concezioni giuridiche è direttamente proporzionale all'identità, somiglianza o derivazione di rapporti ed esigenze economiche di due determinate formazioni sociali. La comparazione, e la comparazione diacronica in particolare, è sempre possibile, ma i risultati in ordine a comunanza, somiglianza, rapporto di derivazione di istituti sono, naturalmente diversi a seconda della maggiore o minore diversità fra le due formazioni». Sulla necessità di un'estensione del cono d'attenzione alla «storia dei contesti», dunque contro ogni rischio di de-storicizzazione dell'oggetto di studio, si veda BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, cit., in particolare 73 ss., ove sono riferimenti più precisi al rilievo che proprio nella direzione di una storia dei contesti assunsero in special modo i contributi di Riccardo Orestano e di Gino Gorla. D'altra parte, per una lettura in chiave anticoncettualistica del pensiero di Gorla, si veda già SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di SACCO, Milano, 1980, 244 s.: «denudato il diritto dal dogma, la costante giuridica dev'essere ricercata altrove: Gorla conduce la ricerca in modo induttivo, prende a disconoscere le stesse massime giurisprudenziali e mette al centro la ragione del decidere». Nel senso di una netta estroflessione della ricerca comparatistica, si veda già HELDRICH, *Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift*, 1970, 427 ss.; nonché, recentemente, per una ricerca storico-giuridica che sia improntata alla massima apertura, in specie all'insegna di un «pluralistic legal mind», AUGUSTI, *Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., 31 ss., in specie 40 ss.

<sup>26</sup> Mi riferisco a BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di CRIFÒ, Milano, 1991; ID., *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, *ibidem*, 393 ss., nonché a *Storia e dogmatica del diritto*, *ibidem*, 573 ss. (su cui, di recente, SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto e identità disciplinari*, cit., 63 ss., in specie 92 ss.).

componenti di quel problema possa essere indagato in chiave di decostruzione critica (à la Derrida, se si vuole) e, possibilmente, di proposta ricostruttiva.

Non mi pare vi sia la necessità di tornare, dopo tanti anni, su antiche discussioni intorno all'uso di categorie e di linguaggio della contemporaneità con riferimento alla storia del diritto: la polemica è antica quanto nota, né vale la pena di riaccenderla<sup>27</sup>.

Però sulla capacità di comunicare all'interno dell'unica e inscindibile comunità dei giuristi credo sia necessario insistere: ho avuto occasione di sviluppare altrove qualche considerazione intorno ai limiti di una ricerca storico-giuridica che sovente in questi ultimi anni si è espressa nei termini di un linguaggio endoparadigmatico, perseguendo proposte scientifiche che in molti casi non hanno contribuito a realizzare ciò che i filosofi chiamano una conoscenza cumulativa, per lo meno in relazione al sapere giuridico nel suo complesso<sup>28</sup>.

## 5. «Descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile»

Ancora un punto, conclusivamente, mi pare che resti da sottolineare; e si tratta però di un aspetto che assorbe e sintetizza larga parte dei precedenti rilievi.

Non si sarà mai ribadito a sufficienza che quella perseguita dalla comparazione diacronica è una funzione puramente epistemica, ossia – come accennato in apertura – misurabile in termini di contributo alla conoscenza dei problemi attraverso il raffronto tra figure e modelli, inclusa l'analisi dei modelli impliciti (o, se si preferisce, dei crittotipi).

---

<sup>27</sup> Sia consentito rimandare a DALLA MASSARA, *Lo storico*, cit., 186 ss. Anche soltanto a sfiorare il problema di cosa s'intenda per dogmi e per dogmatica, il discorso si fa irto di insidie, nominalismi e pregiudizi: per vero, non ritengo che si possa applicare al linguaggio giuridico il significato di 'dogma'/'dogmatica' che proviene dalla teologia; su questi temi, valga un richiamo alle riflessioni di CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, 2009, 61 ss.; inoltre, STOLFI, *I casi e la 'regula': una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, Napoli, 2014, 40 s. Una lettura dinamica dell'idea di dogmatica, come noto, è in MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, in specie 479; si contrapponeva agli eccessi dell'anti-dogmatismo (per lo meno nella misura in cui per dogmatica si intenda uno strumento di lettura della realtà), e ciò proprio muovendo da una riflessione su dogmatica e comparazione, anche DÖLLE, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift*, 1970, 403 ss.

<sup>28</sup> Su questi profili, muovendo dalla lettura di MARCONI, *Il mestiere di pensare*, Torino, 2014, 112 ss., mi ero soffermato in DALLA MASSARA, *Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica*, in *Sem. Compl.*, 2015, 657 ss., in specie 668; in precedenza, qualche considerazione nella medesima prospettiva avevo espresso in DALLA MASSARA, *Lo storico*, cit., 173 ss., frutto di una riflessione congnistica nella quale avevo avuto l'onore di condividere il macro-tema con P. Grossi, il quale avrebbe poi condensato il suo pensiero in GROSSI, *Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline*, in *Contr. e impr.*, 2012, 321 ss.

Sarebbe del tutto incongruo, viceversa, attendersi che il confronto tra passato e presente risponda a una funzione che – per contrapposizione – potremmo definire euristica, nel senso che la storia giuridica conduca a trovare la soluzione rispetto ai problemi del presente<sup>29</sup>. Velleitaria – ma, al fondo, errata – sarebbe insomma l'idea di leggere nell'*historia*, così assecondando una banalizzazione dell'antica retorica didascalico-ciceroniana, la *magistra vitae*.

Parimenti fuorviante si rivelerebbe qualsivoglia sforzo di lettura del diritto del passato che fosse orientato in chiave giusnaturalistica, secondo una differente variante in base alla quale nel diritto di ieri, in specie nel diritto romano, si condenserebbe la sempiterna *ratio scripta*, ovvero la giusta regolamentazione dei rapporti tra gli uomini, *proportio* universale che soltanto si tratterebbe di ri-scoprire attraverso un lavoro di scavo, quasi assecondando uno sforzo di pura anamnesi; sforzo che potrebbe immaginarsi condotto, a seconda delle esigenze dell'uso retorico, su scala nazionale, europea, dell'Occidente giuridico ovvero addirittura dei diritti universali<sup>30</sup>.

Anche su ciò mi pare superfluo indugiare: l'inclinazione giusnaturalistica ha nuociuto allo studio del diritto romano ben più di quanto non ne abbia tratto profitto chi ha tentato per questa via di tenerlo artificialmente in vita.

Giungiamo dunque alle conclusioni del discorso.

Mi sono soffermato dianzi sulla comparazione come modalità della conoscenza; ho evidenziato la necessità che le premesse di una ricerca condotta attraverso la comparazione diacronica siano messe a nudo con trasparenza: ogni ricerca deve essere condotta secondo corretti parametri di verificabilità/falsificabilità; di seguito, mi sono sforzato di sottolineare la necessità che al centro sia posto un problema. Se si tratta di un problema giuridico da risolvere, allora quella ricerca risulterà comunicante, sicché il discorso si rivelerà in grado di entrare in una relazione di conoscenza cumulativa entro la comunità dei giuristi.

Alcuni segmenti essenziali di questo ragionamento mi pare si trovino ben sintetizzati in un passaggio di Lucien Febvre, colui che con Marc Bloch – da cui avevo preso le mosse – aveva condiviso una relazione intellettuale profonda, snodatasi tutta attorno al Collège de France: «lo storico crea i suoi materiali, o, se vuole li ricrea: lo storico non si

<sup>29</sup> Si veda DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica*, cit., 118 s. Mi fa particolarmente piacere che proprio la qualificazione «epistemisch nicht euristisch», ripresa da quest'ultimo mio scritto, sia stata riferita a una «diachrone Rechtsvergleichung», posta a confronto con la tradizionale «Rechtsgeschichte», all'interno della relazione dal titolo *Das Leben der anderen? Funktionen und Methodiken beim Blick über die Grenze*, che fu tenuta a Bayreuth dal Collega e Amico Martin Schmidt-Kessel, Presidente dell'Associazione dei comparatisti tedeschi, nel contesto del Convegno sui metodi della comparazione, il giorno 8 novembre 2018 (cito dal paper in mio possesso, in specie 12).

<sup>30</sup> Si veda DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica*, cit., 119. In chiave critica sui differenti impieghi – tutti retorizzanti – del diritto romano, SOMMA, *Fare cose con il diritto romano*, in *Ostraka*, 2008, 225 ss., nonché in specie sulla «naturalizzazione del diritto romano», 227 ss.; inoltre, SOMMA, *Comparare è giudicare*, cit., 241 ss.

muove vagando a caso attraverso il passato, come uno straccivendolo a caccia di vecchiumi, ma parte con un disegno preciso in testa, con un problema da risolvere, un'ipotesi di lavoro da verificare. Dire: "questo non è un atteggiamento scientifico", non è forse mostrare semplicemente che della scienza, delle sue condizioni e dei suoi metodi non si conosce molto? L'istologo, ponendo l'occhio alla lente del suo microscopio, afferra forse immediatamente i fatti bruti? L'essenziale del suo lavoro consiste nel creare, per così dire i soggetti della sua osservazione, con l'aiuto di tecniche spesso assai complicate; e poi, presi questi soggetti, nel "leggere" i suoi prospetti e i suoi preparati. Compito arduo, in verità. Perché descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile»<sup>31</sup>.

Ecco, qui mi fermo.

In effetti, il messaggio davvero imprescindibile è – con tutta probabilità – racchiuso in queste parole: il compito non è descrivere quel che si vede, ma vedere quel che occorre descrivere.

---

<sup>31</sup> Cito da FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino, 1992, 72 s.





### Sfogliando le riviste francesi



Angelo Venchiarutti

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Procreazione medicalmente assistita e filiazione. – 3. Lo stato civile *des enfants nés sans vie*. – 4. Cambiare il cognome. – 5. Il prolungamento della durata del contratto. – 6. Dei legami tra responsabilità civile e penale. – 7. Questioni di metodo.

#### 1. Premessa

Dalla lettura delle principali riviste francesi di diritto civile dell'anno 2022 emergono una molteplicità di approfondimenti su una varietà di temi, su profili sia classici sia innovativi del diritto privato. Nelle pagine che seguono, stanti le ineludibili esigenze di contenenza di questo osservatorio, verrà effettuata una selezione di alcune delle tematiche più rilevanti sulle quali si sono sviluppate le analisi e le riflessioni dei colleghi d'oltralpe.

#### 2. Procreazione medicalmente assistita e filiazione

Alcune recenti normative hanno novellato in più di una parte il *Code civil*. Dei commenti alla prima – la Loi n. 2021-1017 du 2 août 2021 *relative à la bioéthique* – ci si occuperà qui di seguito. Degli altri – suscitati dalla Loi n. 2021-1576 du 6 décembre 2021 *visant à nommer les enfants nés sans vie* e dalla Loi n. 2022-301 du 2 mars 2022 *relative au choix du nom issu de la filiation* – si scriverà nei paragrafi successivi.

L'approvazione della Loi n. 2021-1017 du 2 août 2021 *relative à la bioéthique* è frutto di un dibattito parlamentare alquanto lungo e articolato<sup>1</sup>. Ad ispirare la nuova normati-

<sup>1</sup> Si ricorda che il progetto di legge è stato adottato dal Conseil des ministres il 24 juillet 2019

va è stata la volontà politica di consentire la procreazione medicalmente assistita (PMA) a «*tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée*» aventi un «*projet parental*»<sup>2</sup>. La legge si è scritto ha segnato il passaggio da una concezione familiare della PMA a una concezione individualista o, se si preferisce, di convenienza<sup>3</sup>.

Pur se il governo e i vari organismi consultati nel corso dell'iter di approvazione della legge hanno presentato l'estensione della procreazione medicalmente assistita (PMA) alle donne sole e alle coppie di donne una questione di uguaglianza<sup>4</sup>, la nuova normativa ha suscitato più di qualche critica. Da più parti, si è messo in luce, tra l'altro, che aprendo l'accesso alla procreazione medicalmente assistita solo alle coppie formate, oltre che da un uomo e una donna, da due donne, nonché alle donne singole risultavano esclusi gli uomini, sia single che in coppia, e pure coloro che nate femmine avessero cambiato sesso allo stato civile, pur mantenendo la capacità gestazionale. Della questione di conformità alla Costituzione della frase «*tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation*» (che compare nella seconda parte dell'articolo L. 2141-2, al. 1°, *Code de la santé publique*) è stato investito, su ricorso del *Conseil d'État*, il *Conseil constitutionnel*<sup>5</sup>. Per formulare la propria decisione, il *Conseil constitutionnel* ha considerato i lavori preparatori delle disposizioni contestate e ha evidenziato come il legislatore abbia ritenuto, nell'esercizio dei suoi poteri, che la differenza di situazione tra uomini e donne, in termini di norme di stato civile, potesse giustificare una differenza di trattamento, in relazione allo scopo della legge, per quanto riguarda le condizioni di accesso alla procreazione medicalmente assistita. Ha giudicato pertanto le disposizioni contestate conformi alla Costituzione, precisando, coerentemente con la sua posizione tradizionale, che non spetta al *Conseil constitutionnel* «*de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, d'une telle différence de situation*»<sup>6</sup>. Più di uno studioso della materia non ha mancato, tuttavia, di disapprovare la decisione, criticandone anche il metodo<sup>7</sup>.

---

e che la legge è stata pubblicata il 3 août 2021, dopo quattro letture dell'Assemblée Nationale, tre del Sénat, lavori di commissione, audizioni di esperti e una decisione del Conseil constitutionnel, «*Avis préalable sur un projet de loi relatif à la bioéthique*» (n. 397.993), du 18 juillet 2019.

<sup>2</sup> V. art. L. 2141-2, *Code de la santé publique*, modificato dall'art. 1, Loi n. 2021-1017.

<sup>3</sup> Sul tema, fra gli altri, LEMOULAND, *La filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation après la loi du 2 août 2021*, in *actu-juridique.fr*, 14 janvier 2022; MONToux, *Ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes non mariées*, in *JCP N*, 2021, n. 35, 1276.

<sup>4</sup> Il tema lo analizza NEIRINCK, *Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatrice, égalité arithmétique, parenté homosexuel*, in *JCP G*, 2019, 351, spec. n. 1 e 2.

<sup>5</sup> Décision n. 2022-1003 QPC du 8 juillet 2022.

<sup>6</sup> Décision n. 2022-1003 QPC du 8 juillet 2022, § 7.

<sup>7</sup> Pur se con diverse inclinazioni, v., tra gli altri, BINET, *Loi relative à la bioéthique : pas de rupture d'égalité au préjudice des couples d'hommes*, in *Dr. famille*, 2022, n. 10, 1 ss; LEROYER, *Le Conseil constitutionnel et l'accès à l'AMP des hommes transgenres*, in *RT Dciv.* 2022, 874; MAIGAT, «*Lost in tran-*



In ragione delle innovazioni introdotte dalla Loi n. 2021-1017 in materia di PMA, è stato necessario modificare, in parte, anche la disciplina della filiazione. Il legislatore ha deciso di inserire, anzitutto, un nuovo articolo nel *Titre préliminaire* del *Code civil* (art. 6-2) che, al fine di stabilire l'uguaglianza dei diversi tipi di filiazione e, pertanto, l'uguaglianza di diritti e doveri per tutti i figli nel rapporto con i genitori, ora recita: «*Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre Ier. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents*».

Più nello specifico poi, in modo da «*reconnaître et sécuriser les droits des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation*»<sup>8</sup>, la Loi del 2021 ha creato un nuovo Chapitre V (Titre VII, Livre Ire, *Code civil*) intitolato espressamente «*De l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur*» (artt. 342-9 - 342-13 *Code civil*). In esso sono stati collocati gli articoli che il *Code civil* già dedicava all' «*assistance médicale à la procréation*» (section III, Titre VII, Livre Ire) e sono state introdotte alcune nuove disposizioni.

Dunque, pur se la disciplina della filiazione è rimasta sostanzialmente invariata<sup>9</sup>, la normativa del 2021 non manca di elementi di novità<sup>10</sup>. Di essi in questa postilla informativa si metteranno in luce gli aspetti più significativi.

Cominciamo dall'operazione di riordino. Negli articoli 342-9 e seguenti del *Code civil* sono state riprodotte senza particolari modifiche le regole già contenute negli articoli 311-19 e 311-20, *Code Civil*, destinate a governare il rapporto di filiazione di un bambino concepito con PMA. Tuttavia, lo spostamento delle previsioni già esistenti in un capitolo dedicato esclusivamente alla filiazione dei figli nati da un donatore di PMA, non è del tutto irrilevante in ordine alla disciplina applicabile<sup>11</sup>. Dalla dottrina viene segnalato il caso del bambino nato da una PMA effettuata con gameti propri della coppia. La disciplina precedente (in part. art. 311-20 ss *Code civil*) non faceva distinzioni tra il caso del ricorso a un terzo donatore e il caso in cui l'PMA fosse stata realizzata con gameti appartenenti

---

*sition*»: *entre ignorance et arrogance, le Conseil constitutionnel valide l'interdiction de la PMA pour les hommes transgenres*, in *Gaz. Palais*, 20 septembre 2022, n. 29, 15 ss; MORON-PUECH, *La capitis deminutio des personnes transgenres consacrée par le Conseil constitutionnel, une vision dépassée de l'office du juge au XXIe siècle*, in *D.*, 2022, n. 43, 2229 ss.

<sup>8</sup> Così si intitola il Chapitre I, della Loi n. 2021-1017. Sul tema, LEMOULAND, *La filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation après la loi du 2 août 2021*, cit.; BAILLON-WIRTZ, *L'acte de reconnaissance conjointe de l'enfant*, in *JCP N*, 2021, n. 35, 1275; BAILLON-WIRTZ, *Le notaire et l'assistance médicale à la procréation: les incidences de la loi bioéthique sur la pratique notariale*, in *JCP N*, 2021, n. 35, 1273.

<sup>9</sup> La regolamentazione esistente era stata introdotta dalla Loi n. 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

<sup>10</sup> Dai commentatori francesi si evidenzia come la legge non abbia rivoluzionato la disciplina della filiazione: v. GOUTTENoire, *L'accès à la parenté pour toutes*, in *JCP G*, 2021, 975.

<sup>11</sup> GARRIGUE, *Réforme de la bioéthique : règles désormais applicables à la filiation après une assistance médicale à la procréation*, in *Rev. jur pers. fam.*, 2021, 11, 1.

a entrambi i membri della coppia. Ora – si scrive - le cose sono più chiare: nella misura in cui il nuovo Chapitre V, Titre VII, Livre Premier si occupa solo della PMA da donatore terzo, si deve dedurre che la filiazione di un figlio nato da PMA omologa sia disciplinata dal diritto comune<sup>12</sup>.

Per la filiazione dell'*enfant* frutto di una PMA assistita da donatore, permangono i due principi tradizionali, e tra loro complementari, del a) divieto di instaurare un rapporto genitore-figlio nei confronti del donatore, e b) dell'instaurazione di un rapporto genitore-figlio nei confronti della coppia (o della donna) richiedente<sup>13</sup>. L'articolo 342-9 *Code civil* riproduce difatti, senza sostanziali cambiamenti, il contenuto del precedente articolo 311-19 *Code civil* (ora abrogato), stabilendo che «*En cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation*».

Tuttavia pur se, quanto al rapporto di filiazione, i principi non mutano, la Loi du 2 août 2021 ha riconosciuto al bambino nato da una PMA il diritto, una volta diventato maggiorenne, di accedere «à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur» per cui, pena l'esclusione in caso di rifiuto, «les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil consentent expressément et au préalable à la communication de ces données et de leur identité»<sup>14</sup>.

Passando ora a considerare gli elementi di novità, tra di essi si segnala l'introduzione di un modo originale di stabilire la filiazione per un figlio nato da una coppia di donne che abbiano fatto ricorso ad un terzo donatore. L'art. 342-11, al. 2, *Code civil* dispone anzitutto che «pour la femme qui accouche» «la filiation est établie... conformément à l'art. 311-25» vale a dire attraverso la menzione del suo nome sull'atto di nascita<sup>15</sup>. Di nuova creazione è invece la «reconnaissance conjointe anticipée» prevista «à l'égard de l'autre femme». Si tratta di una soluzione che delinea un'ipotesi di filiazione diversa rispetto alle regole esistenti: non è fondata sulla verosimiglianza biologica né sui meccanismi dell'adozione. Il legislatore attribuisce invece rilevanza, per costituire la linea di filiazione, al progetto genitoriale e alla volontà della coppia<sup>16</sup>. La scelta tecnica è parsa discutibile però per più di

<sup>12</sup> LEMOULAND, *La filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation après la loi du 2 août 2021*, cit.

<sup>13</sup> PARICARD, *La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021 : une modification suestabstantielle mais relativement trompeuse du Code civil*, in *D.*, 2021, 32, 1685.

<sup>14</sup> L'article L2143-2, al. 1 e 2, *Code de la santé publique*, stabilisce ora che: «Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3. Les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil consentent expressément et au préalable à la communication de ces données et de leur identité, dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article. En cas de refus, ces personnes ne peuvent procéder à ce don ou proposer cet accueil».

<sup>15</sup> Sul tema, v. MARAIS, *Sexe, mensonge et quiproquo. A propos de la filiation d'une enfant procréée par un couple de même sexe*, in *JCP G*, 2019, 1237, spec. n. 12.

<sup>16</sup> LEMOULAND, *La reconnaissance conjointe : un nouveau mode énigmatique d'établissement de la*

un aspetto: di alcuni di essi, in questa sede, dei quali si può far cenno in termini sintetici. Il termine «*reconnaissance*» non assume il medesimo significato nel nuovo dispositivo e in quello già esistente di una «*filiation charnelle*» (art. 316 *Code civil*)<sup>17</sup>. Inoltre si segnalano problemi di coordinamento della nuova disciplina con uno dei pilastri della materia, ossia il principio cronologico che vieta una seconda linea di filiazione contrastante con una già esistente, fino a quando la prima non sia stata contestata (art. 320 *Code civil*)<sup>18</sup>.

Per altri versi le innovazioni della legge sulla *bioéthique* sono destinate a mettere in discussione la giurisprudenza della *Cour de Cassation* che, a più riprese<sup>19</sup>, in presenza di una gestazione per altri, aveva ammesso la trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero nel quale figuravano i nomi dei due «*parents d'intention*». L'inciso ora inserito l'art. 47 del *Code civil*, prevede difatti che l'atto di stato civile straniero venga «*apprécié au regard de la loi française*»<sup>20</sup>.

### 3. Lo stato civile *des enfants nés sans vie*

La Loi n. 2021-1576 du 6 décembre 2021 *visant à nommer les enfants nés sans vie* si compone di un solo articolo, che modifica leggermente la disciplina dei certificati di nascita degli *enfants nés sans vie*. Nell'art. 79-1, al. 2, *Code civil*, contenuto nel Chapitre IV, *Des actes de décès*, Titre II, Livre premier, viene ora specificato che nell'atto civile relativo gli «*enfants sans vie*» possano figurare su domanda dei genitori «*le ou les prénoms de l'enfant ainsi qu'un nom qui peut être soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux*»: iscrizione di nome e cognome che, precisa il medesimo alinea, «*n'emporte aucun effet juridique*».

Il nuovo testo legislativo ha suscitato tra i giuristi più di un interrogativo di diverso segno. Prima di effettuare la loro analisi, pare opportuno formulare qualche preventiva precisazione sul tema del quale si sta scrivendo.

Sugli «*enfants nés sans vie ou mort après leur naissance*» il confronto, non solo nell'ambito giuridico, è aperto da tempo<sup>21</sup>. Senza soffermarmi, in ragione del contenu-

*filiation*, in JCP N, 2021, n. 41, 945; NEIRINCK, *Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuel*, cit., spec. n. 25.

<sup>17</sup> GOUÉZEL, *Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : entre rupture, ajustements et interrogations*, in *Droit fam.*, 2021, oct., 21.

<sup>18</sup> L'art. 320 *Code civil* stabilisce «*Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui contredirait*».

<sup>19</sup> Cass. civ. 1re civ. 18 novembre n. 18-12327; Cass. civ. 1re civ. 18 novembre 2020, n. 19-50.045.

<sup>20</sup> GOUÉZEL, *Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : entre rupture, ajustements et interrogations*, cit., 21; Rouvière, *Enfants nés d'assistance médicale à la procréation : le poids du réel*, in *RTD Civ.*, 2022, 245.

<sup>21</sup> CHAPUT-LE BARS, CHARTRIN, ROUL-CORMEIL, *Naissances blanches – le deuil périnatal entre propriété du corps de l'enfant et liberté su sujet*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2017, n. 15,

to di questo contributo, sulle vivaci *querelles* religiose che si sono sviluppate nel corso dei secoli al riguardo, ricordo che in Francia considerazioni di tenore sostanzialmente statistico indussero ad adottare una prima regolamentazione civilistica della materia già all'indomani della promulgazione del *Code civil*. Con il décret 4 juillet 1806 si decise di far redigere un *act d'enfant sans vie* per tutti i bambini che venivano presentati senza vita all'ufficio di stato civile, anche qualora fossero nati viventi – *enfants* denominati «*faux mort-nés*». L'atto indicava soltanto il sesso dell'*enfant* e i genitori. Rivestendo, come si è scritto, finalità puramente statistiche, la formulazione adottata nel 1806 non contemplava però alcun riferimento al nome o al prenome dell'*enfant*: l'*act* non aveva lo scopo di identificarlo, ma semplicemente di conteggiarlo.

Sempre in via di sintesi si ricorda ancora che una prima riforma della disciplina volta a regolamentare l'*act d'enfant sans vie* si ha con la Loi n. 93-22 du 8 janvier 1993. Legge che, tra l'altro, dispose l'inserimento nel *Code civil* dell'articolo 79-1 – ove si prevedeva che l'ufficiale di stato civile, a seguito della presentazione di un dettagliato certificato medico, redigesse un atto di nascita e di un atto di morte per l'*enfant né vivant et viable, mais décédé avant la déclaration sa naissance à l'état civil*. Il 2° al. dell'art. 79-1 *Code civil* si limitava a riproporre il testo del décret del 1806: nell'atto venivano menzionati il sesso dell'*enfant* e identificati i genitori<sup>22</sup>.

Nei commenti degli autori francesi si legge che l'accresciuta sensibilità sociale sul tema avrebbe richiesto invece già allora una riforma maggiormente incisiva. Si evidenzia, in particolare, che già all'epoca venute meno altre forme rituali per commemorare il figlio scomparso l'*acte d'enfant sans vie* aveva cominciato a rivestire una certa rilevanza per i genitori, quale mezzo per elaborare il lutto derivante dalla perdita del loro *enfant*<sup>23</sup>.

Saranno necessarie però le decisioni della *Cour de Cassation* del 6 février 2008 e due *décret* dello stesso anno (n. 2008-778 e n. 2008-880 entrambi del 20 agosto) per far emergere la funzione compassionevole, oltre che statistica, dell'*acte d'enfant sans vie*. Dal suo canto, con tre sentenze pronunciate nella stessa data, il Supremo collegio francese chiari il concetto di bambino nato senza vita. La *Cour* ritenne, in particolare, che il *Code civil* non subordinasse «*l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse*»<sup>24</sup>; e che pertanto «*tout enfant né sans vie à la suite d'un accouchement peut être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son niveau de développement*»<sup>25</sup>. I due provvedimenti amministrativi chiarirono, invece, che «l'*acte d'en-*

115.

<sup>22</sup> Séance Sénat, 8 déc. 1992, *JO Sénat*, 3739. Sul tema, PHILIPPE, *La viabilité de l'enfant nouveau-né*, D., 1996, 29.

<sup>23</sup> Leroyer, *La notion d'état des personnes*, in *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris, 2004, 247 ss.

<sup>24</sup> Il riferimento è ai criteri di peso – 500 grammi – e durata della gravidanza – 22 settimane – menzionati dall'OMS.

<sup>25</sup> Cass. civ. Ire, 6 février 2008, n. 06-16.498, n. 06-16.499, n. 06-16.500, 2008, *JCP G*, II, 10045, note LOISEAU; D. 2008, p. 1962, note ROUJOU DE BOUBÉE e VIGNEAU. Per le conclusioni citate nel testo, v.

*fant sans vie*» venisse redatto a seguito della presentazione di un certificato medico del parto, e che si consentisse altresì ai genitori, nei casi nei quali non fosse stato possibile redigere l'*acte d'enfant sans vie*, di ricevere dall'ufficiale di stato civile un *livret de famille*<sup>26</sup>.

Proprio al fine di evidenziare il legame con i genitori, con la Loi del 2021 il legislatore ha autorizzato l'inserimento del cognome di "famiglia" nell'*acte d'enfant sans vie*. Alcuni commentatori lamentano tuttavia che la nuova normativa sia tuttora ancorata allo schema del *décret* del 1806, ad eccezione del fatto che consente l'indicazione sia del nome che del cognome dell'*enfant*<sup>27</sup>. I tempi invece – si afferma – sarebbero stati maturi per riformulare in modo più marcato lo statuto «*des enfants sans vie*», sia modificandone la terminologia sia sgombrano il campo da alcune incertezze applicative, al fine di offrire ai genitori che lo desiderano un mezzo per alleviare il dolore per la perdita di loro bébé<sup>28</sup>.

#### 4. Cambiare il cognome

La Loi n. 2022-301 du 2 mars 2022 *relative au choix du nom issu de la filiation* costituisce un ulteriore passaggio, nell'ordinamento transalpino, del progressivo processo di abbandono dei principi tradizionali di attribuzione del cognome.

Per meglio comprendere la portata della legge francese, pare opportuno ricordare, pur se in via di sintesi, gli aspetti fondamentali del percorso che ha condotto all'abbandono del meccanismo della trasmissione automatica ai figli del cognome del padre e di quello che ha segnato la progressiva attrazione nella sfera privata del governo sul cognome.

Quanto al primo aspetto, un seppur timido passo verso il cambiamento venne compiuto inizialmente dal legislatore francese (con la Loi n. 85-1372 du 23 décembre 1985) attribuendo a qualsiasi adulto la possibilità di aggiungere al proprio cognome, a titolo d'uso, il cognome dell'altro genitore. Inoltre, poteva avvalersi di questa opportunità, a favore del figlio minore, l'esercente la potestà genitoriale<sup>29</sup>. Gli effetti dell'innovazione erano tuttavia alquanto limitati: l'attribuzione di un cognome d'uso non determina-

---

*Les documents de travail du Sénat, Les enfants nés sans vie. Étude de législation comparée n° 184 - avril 2008.*

<sup>26</sup> Sul tema, pur con qualche riserva, PICARD, *A propos de l'acte d'enfant sans vie, étude des décrets et arrêtés du 20 août 2008*, in *Les Petites Affiches*, 25 nov. 2008, n. 236, 4; MASSIP, *Actes d'enfants sans vie: les deux décrets du 20 août 2008*, in *Deffrénois*, 2008, 2148.

<sup>27</sup> A quest'ultimo riguardo viene fatto notare che già da tempo alcuni provvedimenti amministrativi in materia di stato civile avevano permesso di menzionare il solo *prénom* dell'*enfant né sans vie*: *Législation française - Chr.*, a cura di DENIZOT, in *RTD Civ.*, 2022, 217.

<sup>28</sup> V., ancora, *Législation française - Chr.*, a cura di DENIZOT, cit., 213 ss.

<sup>29</sup> Art. 43 (ora abrogato) della Loi n. 85-1372 du 23 décembre 1985 *relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*, che recitava «*Toute personne majeure peut ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. À l'égard des enfants mineurs, cette faculté est mise en oeuvre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale*».

va alcuna modifica dello stato civile; la stessa, per di più, aveva un'esistenza limitata nel tempo, in quanto il (nuovo) cognome non veniva trasmesso ai discendenti. Circostanze, probabilmente, che indussero ben poche persone ad utilizzare quell'opzione. La disciplina nondimeno esprimeva, già a quel tempo, il proposito di mitigare, pur se in modo alquanto sorvegliato, il principio della trasmissione automatica del cognome del padre<sup>30</sup>.

Un'evoluzione legislativa più radicale cominciò ad essere reclamata non soltanto da parte della dottrina specialistica, stante il venir meno delle ragioni a sostegno del principio della trasmissione del cognome del padre<sup>31</sup> e la percezione, pure sul piano sociale, dell'esistenza di un'inaccettabile discriminazione tra uomini e donne in ragione della mancanza di uguaglianza nelle regole di devoluzione dei cognomi<sup>32</sup>.

Il processo di riforma volto a superare la regola tradizionale si è concretizzato però soltanto con la Loi n. 2002-304 du 4 mars 2002 *relative au nom de famille*<sup>33</sup>. Con questa normativa venne attribuita ai genitori la facoltà di scegliere il cognome da trasmettere ai figli. L'innovazione rappresentò una piccola rivoluzione per il sistema francese, ove fino ad allora prevaleva l'idea che il cognome fosse un'istituzione di controllo pubblico. Attribuendo la facoltà di scelta ai privati, essa confermava invece l'intento (già concretizzatosi nella possibilità di dar vita ad una relazione coniugale oltre che con il matrimonio, con il patto civile di solidarietà o con convivenza) di consentire la formazione di una famiglia su misura.

In particolare, la nuova disposizione contenuta nell'articolo 311-21, al. 1, *Code civil* prevede che, «(l)orsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément», i genitori scelgano il cognome di famiglia da attribuire al figlio/a indicando: «soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux».

Per stabilire il cognome del figlio, i genitori hanno a disposizione dunque quattro diverse combinazioni: uno o l'altro dei cognomi dei genitori, oppure un doppio cognome, composto dai cognomi dei genitori nella sequenza (delle due ipotizzabili) scelta dagli stessi, ed entro il limite di un nome per ciascuno dei genitori<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Sul tema, v. tra gli altri, ZENATI, *Le crépuscule du patronyme*, in *RTD Civ.*, 1986, 208 ss.

<sup>31</sup> Sul venir meno delle ragioni volte a privilegiare la scelta a favore del cognome del padre, v., in particolare, GRIMALDI, *Patronyme et famille: l'attribution du nom*, in *Rép. Defrénois* 1987, art. 34117, 1425 ss.

<sup>32</sup> Circostanza che rischiava di determinare una condanna europea della Francia dopo la sentenza Corte Edu, 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*, ric. n. 16213/9, che aveva ritenuto contraria agli artt. 8 e 14 Cedu la normativa nazionale che impediva alla coppia di scegliere come cognome familiare quello della donna.

<sup>33</sup> Loi n. 2002-304 du 4 mars 2002 *relative au nom de famille*, è stata successivamente modificata e integrata dalla Loi n. 2003-516 du 18 juin 2003 *relative à la dévolution du nom de famille*, che, tra l'altro, ne ha posticipato l'entrata in vigore al 1er janvier 2005.

<sup>34</sup> Si precisa che, affinché vi sia identità nel cognome di tutti i figli nati dalla stessa coppia, i figli nati successivamente avranno il cognome scelto dai genitori per il primo (Art. 311-21, al. 3, *Code*

Il nuovo sistema viene completato da una regola suppletiva volta a disciplinare i casi in cui difetti una dichiarazione congiunta all'ufficiale di stato civile menzionante la scelta del cognome del figlio: il figlio assumerà il cognome del genitore nei confronti del quale la filiazione è stata stabilita per primo; invece quando la filiazione sia stata stabilita simultaneamente nei confronti di entrambi i genitori, a venir attribuito è ancora il cognome del padre<sup>35</sup>.

La regola da ultimo citata ha sollevato qualche interrogativo sul piano applicativo allorché la Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ha aperto il matrimonio, e quindi l'adozione, alle coppie omosessuali: come applicare la regola della precedenza del nome del padre ai bambini adottati da due padri o da due madri? Le difficoltà di natura "tecnica" hanno portato alla creazione di una nuova norma secondo la quale, in assenza di una dichiarazione congiunta, il bambino adottato prende il nome di entrambi gli adottanti<sup>36</sup>, nei limiti del primo cognome per ciascuno di essi, uniti in ordine alfabetico (art. 357, al. 3, *Code civil*)<sup>37</sup>. Inoltre, dal caso di mancata dichiarazione è stata distinta l'ipotesi del disaccordo tra i genitori espresso all'ufficiale di stato civile: in quest'ultima circostanza il figlio assumerà i nomi di entrambi i genitori, entro il limite del primo cognome per ciascuno di essi, uniti sempre in ordine alfabetico<sup>38</sup>.

Con la Loi n. 2022-301 du 2 mars 2022 *relative au choix du nom issu de la filiation* (dal riferimento alla quale si sono prese le mosse in questo paragrafo) il legislatore francese ha inteso istituire una procedura semplificata per permettere a qualsiasi adulto di cambiare il proprio cognome.

Adottata con un *iter* alquanto rapido al termine della *quinzième législature*, la sua approvazione per certi versi è stata una sorpresa, in quanto la versione finale della normativa è andata ben oltre le iniziali intenzioni dei promotori<sup>39</sup>.

*civil*).

<sup>35</sup> Art. 311-21, al. 1, ult. periodo, *Code civil*: «*En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre*».

<sup>36</sup> La Loi bioéthique n. 2021-1017 du 2 août 2021 ha modellato l'attribuzione del cognome dell'*enfant* frutto di una PMA, nell'ambito di una coppia di donne, sulla disciplina del nome dell'*enfant* adottato.

<sup>37</sup> La Loi n. 2022-219 du 21 février 2022, avendo aperto l'adozione alle coppie non sposate, si applica ora anche ai bambini adottati da partner o conviventi: v. GOUTTENNOIRE, *La modernisation de l'adoption*, in *JCP G* 2022, act. 195; in *JCP G*, 2022, doct. 296, n. 13.

<sup>38</sup> Art. 321-11 *Code civil* come modificato dall' art. 11, Loi n.2013-404 du 17 mai 2013, che recita: «*En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique*».

<sup>39</sup> Cfr. Sénat N. 467, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relative au choix du nom issu de*

Di seguito oltre a descriverne il contenuto si intendono riferire, per quanto possibile, le prime valutazioni della nuova normativa e sui suoi effetti.

Per il cambio del cognome la nuova normativa prevede una procedura alquanto snella<sup>40</sup>. Una persona adulta potrà richiedere, una volta soltanto nella vita<sup>41</sup>, tramite la presentazione di un semplice “modulo” all’ufficiale di stato civile del luogo di residenza o del luogo dove è conservato l’atto di nascita, e senza dover dimostrare un interesse legittimo<sup>42</sup>, il cambio di cognome scegliendo tra una delle opzioni contemplate per i genitori dall’art. 311-21 *Code civil*<sup>43</sup>. Ad esempio, se una persona ha ricevuto il cognome del padre può chiedere di sostituirlo con quello della madre, di completarlo aggiungendo il cognome della madre adottando il doppio cognome, nell’ordine che preferisce, oppure, allorché abbia un doppio cognome, di cancellare quello di uno dei genitori.

La legge è dunque destinata a soddisfare richieste di cambiamento e/o rimozione di un cognome basate su motivi personali, là dove, ad esempio, rapporti conflittuali, o situazioni di abbandono, inducano una persona, ormai adulta, a voler cancellare ogni legame con il genitore del quale da piccolo gli sia stato attribuito il cognome<sup>44</sup>.

---

la filiation, 9 février 2022, 7.

<sup>40</sup> FABRE, *La loi relative au choix du nom issu de la filiation : liberté, égalité... simplicité!*, in *Actualité Juridique fam.*, 2022, 358.

<sup>41</sup> Così da preservare la stabilità dello stato civile: Assemblée Nationale N. 4921, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, sur la proposition de loi relative au choix du nom issu de la filiation*, 19 janvier 2022, 19.

<sup>42</sup> Già l’art. 61 *Code civil* (inserito dalla Loi n. 93-22 du 8 janvier 1993, prevedeva che “*Toute personne qui justifie d’un intérêt légitime peut demander à changer de nom*»: va precisato che il Conseil d’Etat, fin dal 2014, considerava i motivi c.d. «affectifs» suscettibili di costituire un interesse legittimo per domandare il cambiamento del cognome: CE, 31 janv. 2014, n. 362444; JCP G 2014, act. 214, obs. F. Tesson; CE, 10 juin 2020, n. 419176, *JurisData* n. 2020-012943. Sul tema, LAMARCHE, *Le Conseil d’État et les résistances du garde des Sceaux en matière de changement de nom pour motifs affectifs*, in *Dr. famille*, 2020, alerte 108. Si ricorda anche la Corte Edu ha ritenuto integrasse una violazione dell’articolo 8 della Convenzione il rifiuto di concedere a una persona con doppia cittadinanza franco-algerina il diritto di cambiare il proprio cognome, con quello del padre algerino che il richiedente usava da quando frequentava la scuola e che compariva nella registrazione all’anagrafe algerina: Corte Edu 5 dicembre 2013, n. 32265/10, *Kismoun c. France*: JCP G 2014, doct. 78, n. 14, obs. Sudre.

<sup>43</sup> L’art. 2 della Loi n. 2022-301 du 2 mars 2022, ha disposto l’inserimento, in testa all’art. 61-3-1 *Code civil*, del seguente alinea: «*Toute personne majeure peut demander à l’officier de l’état civil de son lieu de résidence ou dépositaire de son acte de naissance son changement de nom en vue de porter l’un des noms prévus aux premier et dernier alinéas de l’article 311-21. Sans préjudice de l’article 61, ce choix ne peut être fait qu’une seule fois*». Per un’analisi della nuova disciplina, v. LAROCHE-GISSEROT, *Les apports de la loi du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation*, in *Actualité Juridique fam.*, 2022, 360; BERDEAUX, *La loi du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation – Étude*, in *Droit fam.*, n. 5, Mai 2022, étude 12.

<sup>44</sup> Assemblée Nationale N. 4921, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, sur la proposition de loi relative au choix du nom issu de la filiation*, cit., 6.



Quanto alle conseguenze, sul piano concreto il cambiamento di cognome estende i suoi effetti ai figli. L'art. 61-3-1, *Code civil* stabilisce difatti che: «*Le changement de nom acquis dans les conditions fixées au présent article s'étend de plein droit aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont moins de treize ans. Au-delà de cet âge, leur consentement est requis*». Che il cambiamento del cognome estenda i suoi effetti ai figli non sorprende. Si osserva, tuttavia, che l'estensione dipenderà dal cognome originariamente attribuito ai figli: vale a dire che se il cambiamento di cognome viene effettuato da uno dei genitori, mentre i figli hanno ricevuto il cognome dell'altro, non vi è motivo che la modifica riguardi i figli.

In via conclusiva, su questo argomento, pare opportuno evidenziare che, nei resoconti della discussioni che hanno preceduto l'approvazione della normativa di cui si sta scrivendo, a parte l'intento di garantire nell'assegnazione e nella scelta del cognome «*égalité*» e «*liberté*», di frequente compare il riferimento, memo scontato rispetto ai precedenti concetti, all'«*intimité*»: espressione che – ha evidenziato più di un commentatore – indica come la dimensione privata del nome di famiglia e, più in generale, dello stato civile, stia gradualmente prevalendo sulla dimensione sociale e pubblica<sup>45</sup>.

Non manca tuttavia chi mette in luce come la tensione tra i diversi interessi abbia prodotto una legislazione alquanto complessa. Se ne sollecita dunque un ripensamento al fine di giungere ad una soluzione pienamente egualitaria tra uomo-donna in materia di nomi di famiglia<sup>46</sup>, in modo da assicurare una maggiore coerenza legislativa<sup>47</sup>.

## 5. Il prolungamento della durata del contratto

Molto viva è ancora l'attenzione della dottrina francese verso la riforma del diritto dei contratti. Di recente oggetto di analisi, da parte di più di uno studioso, è stata la nuova disciplina sulla durata del contratto.

Si ricorda che, prendendo a modello quanto proposto dai *Principes contractuelles communs de l'Association Henry Capitant et de la Société de législation comparée*, l'Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats dedicava al tema un'intera sezione nell'ambito del capitolo sugli effetti del contratto. Ratificata senza variazioni dalla Loi n. 2018-287 de 20 avril 2018, la section 3 “*La durée du contrat*”, Chapitre IV, Titre III, Livre troisième, *Code civil*, oggi si presenta composta da sei articoli. I primi due (artt. 1210-1212) trattano della determinazione iniziale della durata contrattuale e si limitano a enunciare alcuni principi di portata generale: divieto di impegni perpetui; di-

<sup>45</sup> LAMARCHE, LEMOULAND, *Nom-Prénom - Choisis ton nom! - Le nom d'usage et le changement de nom de famille*, in JCP G, 2022, doct. 466, n. 25.

<sup>46</sup> BEN KEMOUN, *Changer de nom? Peut-être pas une si bonne idée que cela...*, in AJ famille 2022, 367 ss.

<sup>47</sup> PETIT, 2002-2022: 20 ans de liberté, d'égalité et... de complexité!. *Se confronter (enfin) à la question de la suppression de la prééminence du nom du père, pour une cohérence du Droit*, in JCP G, 2023, doct. 832, n. 16.

ritto di recedere unilateralmente da un contratto a durata indeterminata con riserva di preavviso e forza obbligatoria del contratto a tempo determinato fino alla sua scadenza. Di contenuto maggiormente tecnico gli articoli dal 1213 al 1215 che consacrano tre meccanismi abituali di prolungamento del contratto a durata determinata: ossia la proroga, il rinnovo a seguito di accordo delle parti e il rinnovo tacito.

Sebbene regole del genere non fossero mai comparse nel *Code napoléonien*<sup>48</sup>, altre parti della riforma sul diritto dei contratti sono parse ai commentatori più emblematiche e spettacolari. Diffusa è l'opinione che il contributo del diritto positivo sarà modesto, di basso valore aggiunto, in quanto la riforma non cambierà la situazione esistente: la nuova disciplina si limiterà, nella sostanza a consacrare l'orientamento giurisprudenziale esistente<sup>49</sup>.

Tuttavia tra i commentatori non mancano quanti ritengono che la riforma non abbia comportato semplicemente l'inserimento nell'ordito del *Code civil* di regole già elaborate a livello giurisprudenziale<sup>50</sup>. Per costoro la riforma rappresenta un miglioramento in termini di chiarezza del diritto positivo, disseminato, prima dell'intervento del legislatore, tra discipline speciali e pronunce giurisprudenziali<sup>51</sup>. Per fare un solo esempio delle novità introdotte dalla Loi n. 2018-287, si fa riferimento al fatto che il contratto risultante dalla rinnovazione o dal rinnovo tacito avrà lo stesso contenuto del contratto scaduto e una durata indeterminata. Così disponendo il legislatore si distacca da quell'orientamento della *Cour de Cassation*, che, pur se in modo alquanto cauto e sorvegliato, aveva affermato che, indipendentemente dalla durata del contratto tacitamente rinnovato, «*les autres élément ne sont pas nécessairement identiques*»<sup>52</sup>.

Il testo di alcuni dei nuovi articoli (in particolare artt. 1213-1215) presenta tuttavia qualche lacuna e talvolta una scarsa intelligibilità. Da parte della dottrina, si segnala dunque che se da un lato l'opera di codificazione produrrà l'effetto di dissipare alcune incertezze create o mantenute dalla giurisprudenza, le imperfezioni redazionali saranno destinate a far sorgere nuovi interrogativi.

Ci si interroga, tra l'altro, sugli effetti che le nuove norme dispiegheranno sulle clausole del “*après-contrat*”, dirette a disciplinare la prosecuzione dei rapporti contrattuali

<sup>48</sup> Gli estensori del *Code civil* non si preoccuparono affatto della durata del vincolo contrattuale, concentrandosi invece esclusivamente sul modello della vendita in contanti, che si forma e si esegue in un attimo: ROCHFELD, *Les modèles temporels d'exécution du contrat*, in *RD Contr.*, 2004, 45.

<sup>49</sup> In particolare, v. CHANTEPIE, LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, Paris, n. 589.

<sup>50</sup> All'intento di dimostrare quanto indicato nel testo dedica il suo contributo BETTONI, *Les nouvelles dispositions du code civil consacrées au prolongement du lien contractuel*, in *RTD Civ.*, 2022, 311 ss.

<sup>51</sup> Così, già prima della riforma, v. ETIENNEY - DE SAINTE MARIE, PAQUIN, *La durée du contrat*, dossier «*Incidences de la future réforme sur la pratique notariale*», in *JCP N*, 2015, étude, 1213, in part. n. 2.

<sup>52</sup> Cass. civ. I, 15 novembre 2005, n. 02-21.366, in *Bull. civ.*, I, n. 80; D. 2006, 587, note di MEKKI; *RTD Civ.*, 2005, 114, obs. MESTRE et FAGES; *RD Contr.*, 2006, obs. LATHIER; successivamente v. Cass. Ch. Com. 22 mars 2016, n. 14-16.610.

oltre il termine iniziale. Affinché la riforma possa avere una effettiva influenza sulla pratica redazionale delle parti e, ci si chiede, in particolare, quali raccomandazioni possono essere rivolte ai contrattanti affinché le suddette clausole rispettino le nuove regole sul prolungamento del contratto senza perdere efficacia.

Ecco alcune delle ragioni per le quali le disposizioni del *Code Civil* dedicate al prolungamento del contratto meritano un'analisi complessiva. Analisi del nuovo testo che si sostiene può essere intrapresa a partire da due elementi di forza che sembra emergano dall'intervento riformatore di cui ci si sta occupando: la libertà delle scelte (*liberté des choix*) e l'inquadramento degli effetti (*encadrement de effets*)<sup>53</sup>.

## 6. Dei legami tra responsabilità civile e penale

Al tema «*Les liens entre responsabilité civile et pénale à la lumière de la réforme du droit de la responsabilité civile*» la *Revue des contrats* ha dedicato un intero dossier, nel quale sono riprodotti le relazioni presentate in una conferenza tenutasi all'Università di Bordeaux, sotto gli auspici dell'*Association Henry Capitant*.

Al momento, come si sa, si è ancora in attesa di una riforma della responsabilità civile, a seguito dei progetti di legge presentati negli ultimi anni, da più parti, nell'ambiente francese<sup>54</sup>. I vari contributi del dossier analizzano un tema che, pur se solleva più di una difficoltà applicativa, spesso è trascurato anche nelle analisi dottrinarie.

Ebbene partendo dalla constatazione che in passato la distinzione tra i due ordini di responsabilità – penale e civile – era tendenzialmente chiara, univoca e precisa, e che invece negli ultimi decenni sembra essersi sviluppata una tendenza inversa, i singoli contributi analizzano diverse questioni suscitate dalla, per certi versi inaspettata, commistione dei due ordini di responsabilità<sup>55</sup>.

Un primo studio è dedicato ai punti di contatto tra un evento suscettibile di dar luogo a responsabilità contrattuale – l'inadempimento di un contratto – e al contempo a responsabilità penale. La circostanza che di solito si tratta di ipotesi occasionali spiega, solo in parte, perché la tematica non è considerata né dal *Code civil* né dalle varie proposte di riforma della responsabilità civile. Ciononostante si segnala come le questioni relative all'identità o alla coincidenza di questi fatti generatori di responsabilità e alle interazioni tra le decisioni prese in merito a tali fatti non siano meno importanti<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Per ulteriori approfondimenti v. BETTONI, *Les nouvelles dispositions du code civil consacrées au prolongement du lien contractuel*, cit., 312 ss.

<sup>54</sup> Da ultimo, Sénat N. 678, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020.

<sup>55</sup> D. MAZEAUD, *Rapport introductif*, in *RD Contrats*, 2022, 124 ss.

<sup>56</sup> CHAUVIRÉ et MALABAT, *Le fait générateur contractuel, lien incertain entre responsabilité civile et responsabilité pénale*, in *RD Contrats*, 2022, 127 ss.

In considerazione del fatto che i progetti di riforma della legge sulla responsabilità civile mirano tutti a modificare «*les conditions d'engagement*» della responsabilità, ci si interroga poi se quest'impostazione lasci presagire un cambiamento dei legami esistenti tra responsabilità civile e responsabilità penale. In realtà, si constata che, si tratti della nuova definizione di colpa civile, degli sconvolgimenti relativi alla responsabilità civile vicaria o di quelli relativi al requisito del pregiudizio, i contributi delle riforme proposte non paiono trasformare strutturalmente l'attuale rapporto tra responsabilità civile e responsabilità penale<sup>57</sup>.

Gli ultimi tre contributi sono dedicati al tema della *réparation* del danno<sup>58</sup>: il primo concerne l'adeguatezza del risarcimento per equivalente alla riparazione del danno e la definizione dei confini del concetto di riparazione, in particolare le misure volte a porre fine alla turbativa illecita a cui la vittima è esposta<sup>59</sup>. Si mette in luce poi come, pur se la teoria tradizionale preveda una netta distinzione, le linee di demarcazione tra responsabilità penale e civile sempre più spesso si confondono. Resta il fatto però che questi paragoni occasionali e talvolta opportunistici non sono sufficienti a confondere completamente riparazione, ripristino e repressione<sup>60</sup>. L'ultimo contributo analizza infine la misura dell'«*amende civile*», e il modo con il quale il progetto di riforma della responsabilità civile della *Chancellerie* del 2017<sup>61</sup> intendeva farne una sanzione generale nel diritto della responsabilità extracontrattuale<sup>62</sup>.

## 7. Questioni di metodo

Infine un riferimento alle riflessioni suscitate in più un autore francese da una sentenza della *Chambre commerciale* del 26 janvier 2022<sup>63</sup>, non soltanto per la soluzione adottata dai giudici nel caso specifico, ma soprattutto per le questioni di metodo che sono state affrontate nell'elaborare la sentenza<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> CLAVERIE-ROUSSET et MANGEMATIN, *L'influence de la réforme des conditions de la responsabilité civile extracontractuelle sur les liens entre les responsabilités civile et pénale*, in *RD Contrats*, 2022, 138 ss.

<sup>58</sup> DROUT, *La réparation dans le projet de réforme*, in *RD Contrats*, 2022, 146 ss.

<sup>59</sup> L'art. 1268, del progetto di legge «*Portant réforme de la responsabilité civile*» prevede che «*En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur*».

<sup>60</sup> BRENAUT, *La réparation et le droit pénal*, in *RD Contrats*, 2022, 159 ss.

<sup>61</sup> Art. 1266-1, *Projet de réforme de la responsabilité civile* che la *Chancellerie* ha presentato il 13 mars 2017.

<sup>62</sup> LAGOUTTE, *Les conséquences sur la sanction en droit français: la question de l'amende civile*, in *RD Contrats*, 2022, 159 ss.

<sup>63</sup> Cass. ch. comm., 26 janvier 2022, 20-16.782

<sup>64</sup> ROUVIÈRE, *Questions de méthode: l'articulation du droit commun et spécial à l'épreuve de l'intention du législateur*, in *RTD Civ.*, 2022, 755 ss.

La discussione si è sviluppata anzitutto attorno al ruolo da attribuire a «*l'intention du législateur*». La Corte nella sua decisione ha assoggettato, in via residuale, al *Code civil* la valutazione delle clausole abusive in un contratto di *location financière* tra due società commerciali: ciò in ragione dell'intenzione del legislatore desumibile dai lavori preparatori della normativa in questione. Per la *Cour* in particolare «*(i) ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation*»<sup>65</sup>.

Alcuni autori hanno condiviso la scelta della Corte in quanto «*ici, l'intention initiale du législateur était si claire, qu'il n'était pas utile de rechercher s'il y avait une antinomie*»<sup>66</sup>. Al contrario, secondo altri scolari «*le but recherché ne peut être officiellement revendiqué pour déterminer le champ d'application des règles*» e «*cette référence à la ratio legis (...) relève peut-être d'une facilité au regard des débats de fond que cette articulation peut susciter*»<sup>67</sup>.

Divergenze del genere sono in realtà facilmente comprensibili. Da tempo, non soltanto nell'ambiente francese, l'interpretazione alla luce dell'intenzione del legislatore rappresenta un tema controverso<sup>68</sup>.

Ora ci interroga sul fatto che dalla *Cour de Cassation*, con un orientamento condiviso da certi autori, i lavori preparatori siano trattati alla stregua di testi vincolanti. In realtà, si osserva, anche laddove siano chiari, i lavori preparatori altro non sono che un'opinione, che non assume un valore più autorevole di altre opinioni degli interpreti. E tutto ciò – si scrive – è particolarmente vero se si considera che è il giudice ad avere il monopolio dell'interpretazione autentica. Pertanto i giudici non devono sottostare all'opinione del legislatore, in quanto «*(l)e propre droit réside dans la discussion savante et non dans le fait d'atteindre des objectifs politique*»<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Cass. ch. comm., 26 janvier 2022, 20-16.782.

<sup>66</sup> BEHAR-TOUCHAIS, *La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. À propos du non-cumul entre l'article L. 442\_6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil*, in *JCP G*, 2022, 793 n. 15; BARBIER, *L'article 1171 du code civil est évincé par le textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives*, in *RTD Civ.*, 2022, 124; dello stesso avviso STOFFEL-MUNCK, *Le cantonnement du domaine de l'article 1171: un joli coup pour la démocratie?*, in *RD Contr.*, 2022, 17; BEHAR-TOUCHAIS, *La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. À propos du non-cumul entre l'article L. 442\_6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil*, in *JCP G*, 2022, 793 n.15.

<sup>67</sup> JULIEN, *Contrôle des clauses abusives: la Cour de Cassation précise e cham de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de Commerce et du Code de la Consommation*, in *RD Contr.*, 2022, 105, nonché LATINA, *Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de la Cour de Cassation à la lutte contre les clauses abusives*, in *RD Contr.*, 2022, 12.

<sup>68</sup> Per tutti, v. da un lato, COUDERC, *La difficile parole du législateur*, in *D.*, 1977, chr., XXIV, 183; e dall'altro CAPITANT, *Les travaux préparatoires et l'interprétation de loi*, in *DH*, 1935, 77.

<sup>69</sup> ROUVIÈRE, *Questions de méthode: l'articulation du droit commun et spécial à l'épreuve de l'intention du législateur*, cit., 756 ss.

Ancor più acuta la divergenza tra i commentatori sulla questione concernente «*la détermination du champ d'application des textes*». Configurando il caso all'esame della *Cour* un esplicito «*conflit de texte*», si pone la questione su come coordinarli<sup>70</sup>. La messa in opera del principio che il diritto speciale deroghi al diritto comune genera più di un'incertezza: alcuni pensano che occorra identificare, prima di tutto, una antinomia<sup>71</sup>, o quantomeno una concorrenza che non scompare se si opta per un'applicazione distributiva dei testi<sup>72</sup>. Mentre secondo un'altra opinione il campo di applicazione dovrà essere strettamente identico affinché sia applicabile l'adagio *specilia generalibus derogant*<sup>73</sup>. Ne manca chi sostiene che la scelta “*relève davantage de la politique que de la nécessité technique*”<sup>74</sup>.

Nel tentativo di sintetizzare le diverse posizioni, si afferma che la difficoltà del coordinamento dei testi normativi rappresenta una questione strettamente tecnica e non già politica. Si concorda poi sul fatto che la diversità di opinioni dimostra come il problema metodologico da trattare non sia perfettamente chiaro. In effetti, più d'una sono modalità di coordinamento tra diritto comune e diritto speciale che è possibile ipotizzare e che sono state oggetto di analisi da vari autori<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> BEHAR-TOUCHAIS, *La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. À propos du non-cumul entre l'article L. 442\_6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil*, cit., 789.

<sup>71</sup> LATINA, *Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de la Cour de Cassation à la lutte contre les clauses abusives*, cit., 12.

<sup>72</sup> JULIEN, *Contrôle des clauses abusives: la Cour de Cassation précise e cham de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de Commerce et du Code de la Consommation*, cit. 104 ss.

<sup>73</sup> TISSEYRE, *Clauses abusives: application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre signifiant en droit commun*, in *D.*, 2022, 542.

<sup>74</sup> STOFFEL-MUNCK, *Le cantonnement du domaine de l'article 1171: un joli coup pour la démocratie?*, cit., 16.

<sup>75</sup> ROUVIÈRE, *Questions de méthode: l'articulation du droit commun et spécial à l'épreuve de l'intention du législateur*, cit., 758 ss.



### ***The Making of the Civil Codes:* la forza del codice, o il codice della forza? (Il problema della codificazione civile tra ordinamenti aperti e ordinamenti chiusi)**



Mauro Grondona

Il volume qui brevemente e frammentariamente recensito, o meglio semplicemente segnalato<sup>1</sup>, appare come n. 104 della celebre Collana di Springer, ad accesso aperto, “Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice”.

La facile reperibilità e consultazione dell'intero volume<sup>2</sup> esime in questo caso il recensore dal dovere di presentarne in modo analitico il contenuto.

Sarà sufficiente, in via generale, e prima di soffermarci, pur superficialmente, su alcuni ‘problemi eterni’ inerenti alla codificazione, e in particolare su all’idea di codice civile, osservare come questo lavoro collettaneo abbia soprattutto due pregi: il primo è la vastità della ricerca, cioè delle aree giuridiche fatte oggetto di studio (dalla Cina alla Turchia; dall’Argentina all’Ungheria); il secondo è la vividezza, che gli autori e le autrici sono riusciti a trasmettere a chi legge, non solo di quello che potremmo anche qualificare il peso storico, se non addirittura l’ingombro, della tradizione codificatoria: come idea culturale, come ambizione politica, come realizzazione scientifica; ma anche, o soprattutto, delle attuali potenzialità di una codificazione, che, ieri come oggi, rappresenta una sofisticata operazione culturale<sup>3</sup>, e che come tale può essere adottata con maggiore o minore consapevolezza, con maggiore o minore capacità e forza, tanto politica quanto scientifica.

Da questo punto di vista, la circostanza che l’idea di codice, e soprattutto l’atto (che in principio è un desiderio di potenza) del codificare, non sia destinata a tramontare trova una facile spiegazione attraversante vari campi, ma nella dimensione psicologica,

<sup>1</sup> GRAZIADEI, ZHANG, *The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective*, Berlino, 2023.

<sup>2</sup> <https://link.springer.com/book/10.1007/978-981-19-4993-7>.

<sup>3</sup> In questa chiave, va soprattutto richiamato il saggio di CABRILLAC, *The Codification at the Beginning of the Twenty-First Century*, 17 ss.

direi autoevidente, tanto per il legislatore, quanto per l'accademia, quanto ancora per il vasto mondo della pratica del diritto, ha un tratto unificante.

Anzi, in questa chiave, mettendo insieme culture e pluralismo<sup>4</sup>, e dunque ottenendo una buona miscela di pluralismo culturale, ci si potrebbe spingere fino al punto di invocare una capillare ipercodificazione, anche, o soprattutto, in microsettori, sì da approntare uno strumento di efficacia ordinatoria, e quindi di disegno lineare, ma al contempo arricchito da quegli elementi di contesto che possono effettivamente rendere non solo operativo ma socialmente adeguato il progetto codificatorio, altrimenti destinato a una quasi immediata obsolescenza (come ovvio, quella che possiamo allora definire 'codificazione contestuale' pone il problema delle tecniche redazionali attraverso cui realizzare tale disegno: se ci si muove nella linea della codificazione contestuale, infatti, l'esigenza di 'mettere in ordine' non potrà, tendenzialmente, essere soddisfatta riproponendo l'idea di una logica giuridica tutta interna alla dogmatica giuridica, dovendosi necessariamente aprire, invece, a un pluralismo anche dogmatico che, a ben vedere, è poi la salvezza della stessa dogmatica).

Qui basti allora dire che il corposo volume (pp. 412) si compone di 22 saggi: il primo di essi, scritto a quattro mani dai curatori, è un manifesto alla lunga vita del codice – pur avvertendosi circa l'insidia rappresentata da alcune mitologie codificatorie, le quali, peraltro, come tutto ciò che è umano, richiedono una spiegazione in termini storiografici, e così la mitologia si avvicina all'ideologia, come gli autori infatti sottolineano –, ovvero dei codici, e dunque alla lunga vita soprattutto dell'idea di codice quale espressione di razionalità (parola spesso problematica, anch'essa a rischio di diventare oggetto di culto, come lo stesso codice, così entrando, però, nel dogmatismo della razionalità, che è del resto uno dei volti del formalismo giuridico; anche la razionalità va prudentemente tenuta a una certa distanza di avvistamento, senza così diventarne vittime, o idoli – spesso anche inconsapevoli; l'arte del dubbio, che poi è autentica pratica liberale, anche in questo caso soccorre)<sup>5</sup>; l'ultimo di essi è la traduzione inglese di un testo del 2016 di Rodolfo Sacco, che ha al centro l'idea di una necessaria instabilità, se non testuale, ermeneutica, del codice: il codice vive (ovvero, può vivere, nella dimensione della giuridicità contemporanea, che non ha ovviamente abdicato all'esigenza della razionalità, ma ha abdicato all'idea che il codice come tale esprima una razionalità già raggiunta, e appunto come tale codificata, laddove l'esigenza di razionalità si attua proprio nella costante ricerca di una razionalità, che non è un dato come tale intrinseco al codice, ma è il prodotto di questa ricerca), proprio perché non rifiuta la trasformazione, non si oppone alla necessità della costante (più o meno visibile; più o meno incisiva) trasformazione; anzi, il codice può vivere appunto perché immerso nel paradigma del mutamento ermeneutico.

<sup>4</sup> In tema va ora visto GRAZIADEI, *Frontiere, Legal Transplants, comparazioni: le vie del diritto e l'incontro con il pluralismo*, in CAPPELLINI, CAZZETTA (a cura di), *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, Milano, 2023, 23 ss.

<sup>5</sup> Sulla questione è utile DEI, *Razionalità e relativismo nell'antropologia giuridica*, in CAPPELLINI, CAZZETTA (a cura di), *Pluralismo giuridico*, cit., 69 ss., spec. 83 ss.



Non si abdica all'idea di codice, dunque, ma si guarda al codice in una prospettiva diversa.

Un codice quale strumento di ordine, sì, ma che non ostacola il movimento che opera all'interno del tessuto sociale, cioè della vita, delle persone e anche delle idee.

Del resto non è (e nemmeno potrebbe essere) diversa la prospettiva generale che emerge dalla presentazione di Graziadei e di Zhang: termini quali stabilità e coerenza non sono letti in chiave oppositiva a termini quali adattabilità, innovazione, bilanciamento, cambiamento.

Insomma, nessun dubbio che il codice conservi tuttora una sua utilità; ma nessun dubbio, nemmeno, che l'utilità del codice stia non tanto nel testo, nelle regole in esso scritto, ma nel disegno generale, e quindi culturale, che da esso promana, e che, però, non può non scontare il trascorrere del tempo e non può non scontare la circostanza che, oggi, i formanti del diritto sono in continua espansione, a partire dalla forza giuridica dei singoli, di noi tutti, che facciamo diritto anche quando non ci accorgiamo di farlo<sup>6</sup> (ecco allora perché l'opzione pluralistica anche in chiave metodologica è fondamentale per legittimare qualunque ambizione codificatoria, o ricodificatoria).

Volendo essere radicali, che spesso non guasta, potremmo pure dire: è il vivere che produce diritto, cioè la necessità di regole, come tali rispondenti ai contesti – sociali, economici, esistenziali ecc.

In questo senso, ogni contesto è un ordinamento, e dunque un ordine.

Ecco perché la razionalità codicistica va guardata con qualche salutare sospetto, anche filosofico.

Un codice, quindi, quale strumento di ordine, sì, che è utile se però è un ordine mobile, aperto, richiamando allora qui l'insegnamento di Gino Gorla, più volte ribadito, circa la differenza tra ordinamenti giuridici 'aperti' e ordinamenti giuridici 'chiusi': «Una "chiusura" determinata dalla pretesa di completezza dei codici del secolo XIX, pretesa protrattasi fino alla metà circa del XX e fondata sul concetto dello stato come unica fonte del diritto, una concezione aggravata dall'idea o ideologia dello Stato nazionale o... nazionalistico»<sup>7</sup>; naturalmente, e Gorla infatti lo sottolinea da par suo – con sintesi efficacissima, l'idea di ordinamento aperto non coincide con quella di ordinamento caotico, che sarebbe una contraddizione, e forse porterebbe alla morte dello stesso ordinamento.

Può l'idea di ordinamento coesistere con l'idea di caos? A prima vista, certamente no. Ma un illustre allievo di Gorla, Maurizio Lupoi, ancora da ultimo ha ribadito (e questo

---

<sup>6</sup> Il nostro grande ASCARELLI, nel suo celeberrimo *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 41 ss., a 62 sottolinea: «La lacunosità di qualunque sistema giuridico è sempre una conseguenza della ricchezza e mutevolezza della vita in contrasto con la necessaria fissità di un qualsiasi *corpus juris*». Ma tutto il saggio è ricolmo di spunti e di idee su cui non fa mai male ritornare.

<sup>7</sup> GORLA, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, in *I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, 1992, 177 ss., qui 179.

è un punto che sicuramente richiederà approfondimenti in altre sedi, soprattutto oggi, in cui è pressoché realizzata l'idea di un diritto che è come tale sociologia, e viceversa, di una sociologia che nel diritto conosce uno dei suoi diversificati svolgimenti, dando così piena ragione a coloro i quali hanno sempre combattuto ogni compartimentazione del sapere, consapevolmente riprendendo una delle grandi lezioni dell'Umanesimo, che non a caso fu assai combattivo contro un certo modo di fare diritto e di essere giuristi – un modo che invero dimostra però una notevole tenacia) l'importanza dell'incoerenza quale presupposto – a certe condizioni e in certi ordinamenti, s'intende; ma l'affermazione merita a mio avviso un tentativo di declinazione a largo spettro, superando, o ripensando e ridiscutendo, sotto questo profilo, la distinzione *common law/civil law*<sup>8</sup>, posto che, ascarellianamente, tutti i giuristi parlano lo stesso linguaggio, che poi è, io direi, il linguaggio che alla fine esprime desideri e sentimenti dell'essere umano, e questa è del resto la forza giuridica dell'essere umano, che trasforma in diritto, in regola, ciò che ancora non lo è, o apparentemente mai lo potrà diventare: il linguaggio del diritto in questo senso è la traslitterazione giuridica del linguaggio dei sentimenti, delle esigenze, dei bisogni dell'umanità: in questa chiave, tutto ciò che è umano è giuridicizzabile, con quello che ne consegue o ne può conseguire rispetto all'idea di universalità, di uniformità, di armonizzazione, e ora di diritto globale, ma anche di antropologia giuridica pienamente consapevole di sé, che poi è un'ulteriore attestazione del successo di quella progressiva sociologizzazione del diritto cui alludevo – della vitalità di un ordinamento, che è incoerente rispetto alle soluzioni specifiche perché è coerente rispetto a una determinata linea di politica del diritto, così ritornando in primo piano il nesso tra diritto e cultura: il diritto, tanto sotto il profilo della struttura, quanto sotto il profilo della funzione, è una forma di politica della cultura..

Lupoi ha detto di più: «La forza del diritto inglese e della *common law* in genere e la ragione del prevalere di quest'ultima su scala mondiale stanno proprio nella loro incoerenza, perché è essa che consente di reagire prontamente e senza remore a circostanze nuove: una fruttifera incoerenza»<sup>9</sup>).

Ma torniamo a Gorla, il quale osserva quanto segue: «[S]ia quando l'apertura è imposta (per l'appartenenza dell'Italia o di altro Stato a certe Comunità, o per la sua adesione a Convenzioni Internazionali), sia quando tale apertura si manifesta come tendenza, ciò deve sempre portare ad una regola specifica per il caso concreto *sub iudice*; cioè non deve

<sup>8</sup> Ancora ASCARELLI, *L'idea di codice*, cit., 54, scrive: «Al “common lawyer” il valore normativo del precedente giurisprudenziale del diritto anglo-americano, sembra altrettanto naturale quanto strano al giurista dei sistemi codificati. Nel sistema non codificato il valore normativo del precedente giudiziale risponde tuttavia a quella medesima esigenza di certezza del diritto e di continuità di sviluppo cui rispondono, nei sistemi codificati, quei limiti che la codificazione impone alla funzione del giudice».

<sup>9</sup> LUPOI, *Un primo approccio comparatistico al 'diritto vivente': Francia e Inghilterra*, di prossima pubblicazione in *Contr. impr.*, e che ho potuto leggere in anteprima grazie alla cortesia del prof. Lupoi, che qui nuovamente ringrazio (le parole citate si leggono a p. 22 del dattiloscritto).

ridursi a meri o vaghi *generalia*, o, nel linguaggio di Rudolf Schlesinger [...], a *meaningless generalities*»<sup>10</sup>.

Il che, direi, suona come una vera e propria lezione di giusmetodologia: il diritto è regola del caso, è criterio di giudizio per risolvere un caso, e quindi un problema, reale o al limite immaginato (per chi sia interessato alla risoluzione di un caso ipotetico, come scrive lo stesso Gorla più sopra, a p. 178).

Ogni strumento riconducibile al lavoro del giurista e più in generale alla giuridicità è finalizzato a individuare il criterio sulla base del quale risolvere un problema; il che significa che la soluzione, in un ordinamento aperto, è tendenzialmente innovativa, perché è il problema, non il sistema, che comanda<sup>11</sup>. Se anche non si voglia rinnegare il sistema (e peraltro non vi è alcun bisogno di rinnegarlo, poiché occorre piuttosto costantemente problematizzarlo, cioè ripensarlo in chiave problematica, che è un altro modo, metodologicamente, di mettere in questione, o comunque di approcciare criticamente, la razionalità 'del' e 'nel' codice), bisogna ammettere che il sistema è il prodotto di quel ragionamento casistico, che, se certo può anche dare vita alle degenerazioni che, storicamente, la casuistica gesuitica ha espresso e che sono state genialmente sbeffeggiate da Pascal, senza caso concreto, senza problema, senza conflitto tra interessi reali, nemmeno può parlarsi di ragionamento giuridico; e comunque si tratterà di un ragionamento giuridico incompleto, sfuocato, incompiuto: è un ragionamento solo apparente, ma in realtà è un non-ragionamento, perché è un gioco imprigionato all'interno di un terreno che è solo illusoriamente stabile: è il terreno di una stabilità fittizia, di una logica-illogica, potremmo anche qui dire, gorlianamente, e tale perché slegata dalla fattispecie concreta, quindi compartimentata, e quindi fallace, se non altro perché unilaterale. Anche sotto questo riguardo, la razionalità codicistica nasce con pretese unilateralistiche, che ne indeboliscono naturalmente la forza e la capacità di incidenza, cioè di essere riconosciuta – tale razionalità codicistica – come voce della razionalità sociale, che nasce da un conflitto e nel conflitto si modella, al contrario di quanto accade rispetto alla razionalità del codice-testo, che nasce nel segno della pacificazione. Ecco che allora ritorna l'idea di codificazione contestuale, e qui ritorna nella prospettiva che non solo distingue, ma oppone, il codice-testo al codice-contesto.

<sup>10</sup> GORLA, *I principi*, cit., 180.

<sup>11</sup> Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, IX: «La concezione dell'ordinamento come momento che dà forma una volta per tutte al dato sociale, la quale non poteva non trovare nella grande stagione dei codici lungo l'ottocento il suo massimo punto d'appoggio, dopo il periodo di varie e talora contraddittorie esperienze tra le due guerre mondiali si è infine schiantata quando il secondo riassetto post-bellico ha reso quasi improvvisamente evidente che la visione della realtà sottesa alla forma giuridica vigente veniva tingendosi sempre più di illusione quanto più tale forma diventava parziale o distorsiva, incapace comunque di "comprendere" in termini soddisfacenti il reale»; e v. anche *ivi*, 37, testo e in particolare nota 69, ove, sulla scorta di Tarello, si afferma che «la codificazione in sé rispond[e] a un disegno di semplificazione generalizzante [...]».

Non è un caso, del resto, che nel saggio di Sacco si legga, a un certo punto (p. 410): «The most exciting page of the whole theory of interpretation concerns the weight of extrajudicial data».

E si può, a margine, glossare che Sacco, contrariamente a ciò che taluni pensano, non divenne giusantropologo onde poter abbandonare il diritto, ma restò giurista, e in particolare giuscomparatista, e come tale più vicino all'area delle diversità giuridiche e del non- e del non-ancora diritto.

Del resto, quando – purtroppo il video è stato rimosso –, il 27 marzo 2009, venne presentato a Trento il volume sull'antropologia giuridica, l'autore, nella sua replica rivolta a Gianfranco Poggi, il quale, naturalmente, non gli aveva risparmiato critiche, esordì con un difensivo 'ma io non sono un antropologo, io sono un comparatista'. Ciò significa – e io comunque lo leggo in questo senso – che il giurista, né tradisce sé stesso, né abdica al lavoro giuridico, quando apre, senza eccessive prudenze, mai salutari nel lavoro intellettuale, i propri orizzonti culturali, e diviene familiare con l'idea che il diritto, inteso come linguaggio tecnico, è la formalizzazione di una materia sociale instabile, a volte vorticosamente instabile. Se un ordine ci vuole, quest'ordine è l'ordine delle azioni, non è l'ordine generale della società, che è un'aspirazione totalitaria, da nemici della società aperta, a meno che sia il prodotto spontaneo di azioni e reazioni, di conflitti e scontri, che però poi trovano nel tessuto sociale, e soprattutto culturale, un filtro e un decantatore assiologico, per così dire.

Ancora Sacco, poche righe dopo, nota: «The legislator believes they are creating the law. In reality, they are creating a text to which others will give a meaning or more meanings».

Non mi pare un caso, del resto, che il grande Karl Llewellyn abbia richiamato l'attenzione sulla circostanza per cui un'istituzione non è una questione di parole o di regole, ma di comportamenti, di modi di vivere e di agire<sup>12</sup>.

Il diritto è un'istituzione in questo esatto senso, e dunque tutto ciò che è forma e struttura giuridica deve fare i conti con tutto ciò che dal diritto così inteso esula, ma che sul diritto potentemente e prioritariamente agisce.

Sotto questo profilo, la forza del codice, e più in generale dell'idea di codice, sta nell'offrire un materiale normativo organizzato secondo una logica interna e secondo una assiologia, le quali, però – per non assumere un carattere illiberale, opponendosi a ciò che accade nella vita sociale, e che richiede, sì, di essere ordinato, ma alla luce di un criterio ordinatore che attinga alla realtà e non alla logica codicistica intesa quale modello teorico –, vanno adeguate, in chiave interpretativa, ai contesti sui quali il codice, e dunque l'ordinamento, andrà a incidere.

Altrimenti, la forza benefica che il codice può avere ed esercitare (una forza benefica nel senso che l'ordine razionale del codice, dialogando con la dimensione sociale,

---

<sup>12</sup> LLEWELLYN, *On the Nature of an Institution* (1954), in *Id.*, *Jurisprudence – Realism in Theory and Practice*, Union (New Jersey), 2000 (ed. or. 1962), 233 ss., a 233.

che esprime come tale un ordine e una razionalità – anche in termini problematici o radicalmente conflittuali – ne esce vivificato e più vicino al contesto, recuperando così una dimensione storicamente situata di razionalità) si trasforma in forza socialmente negativa, perché limita, restringe, opprime: ecco così il deleterio passaggio (che esprime necessariamente anche una tensione) dalla forza del codice al codice della forza.

Il lavoro giuridico muove anche da questa esigenza, tanto culturale quanto politica, di difendere la forza del codice, nel senso che si è detto, ma di impedire che il codice diventi uno strumento oppressivo (o comunque rallentante, se non immobilizzante). E c'è oppressione (tanto individuale quanto sociale) tutte le volte in cui i testi sono troppo lontani dai contesti, tutte le volte in cui la logica interna di un sistema risulta essere troppo lontana dalla logica immanente nella società, dando così vita, anche, a un isolazionismo sistemico che non giova a quella visione il più possibile generale e come tale comprendente, diffusa soprattutto oggi dall'esigenza di una effettiva razionalità ordinamentale e trans-nazionale, che significa anche razionalità sociale diffusa e condivisa, all'insegna di quella incoerenza ordinamentale sulla quale si è intrattenuto Lupoi, e che in effetti risulta essere una chiave di lettura esplicativa di fronte alla giuridicità contemporanea, rispetto alla quale il codice è uno dei materiali che il giurista ha a disposizione. Materiale da assemblare e da riassemblare, costantemente, grazie a un ininterrotto dialogo tra scienza giuridica e giurisprudenza, appunto in quella logica (sopra solo evocata) 'problematica', cioè del problema che interroga il sistema e che incide su quest'ultimo, modificandolo, in un unico caso o in una pluralità di essi, così anche potendosi forse valorizzare quella distinzione (che invece Lupoi riprende criticamente) tra orientamenti giurisprudenziali e precedenti giurisprudenziali.

Proprio alla luce di questo rinnovato approccio alla codificazione, riprende vigore l'interrogativo sulla fattibilità di un codice civile europeo, più vicino alla sensibilità culturale e anche al modo di lavorare del giurista di oggi, che al codice guarda con una fiducia temperata, perché sa che il codice è uno strumento che può certamente facilitare il dialogo transordinamentale, ma sa anche che da tale dialogo il codice necessariamente uscirà trasformato (e tale trasformazione non è un tradimento della logica sistematica; è piuttosto un adattamento di essa al sistema sociale; è il passaggio da una logica sistematica a una logica problematica).

Oggi, un codice civile europeo<sup>13</sup> nascerebbe all'insegna dell'ordine giuridico aperto; aperto perché trasparentemente sostenuto da un lavoro, prima preparatorio e poi applicativo, della scienza giuridica, che ne garantirebbe bensì quelle caratteristiche di ordine concettuale che sono certamente connotanti ogni disegno codificatorio, ma che, al contempo, opererebbe ermeneuticamente sul codice stesso, in modo che quell'esigenza di razionalità in esso presente, e non necessariamente da rifiutare *in radice*, possa assumere una portata connotata in senso sociale, così pienamente realizzando un'operazione

<sup>13</sup> Cfr. infatti ora CASTRONOVO, *Omnia tempus habent. Arriverà il tempo di un codice civile europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2023, 259 ss.

di politica del diritto, nel segno di una logica che non è più illogica, perché è immersa nel contesto, da assumere, in questa prospettiva, come un pilastro della codificazione

Sulla base di queste fugaci considerazioni – alcune banali, altre pacifiche, altre opinabili, altre ancora verosimilmente assai criticabili – invitiamo i giuristi e in primo luogo i civilisti alla lettura e alla discussione dei saggi contenuti nel volume a cura di Michele Graziadei e di Lihong Zhang, soprattutto per infondere fiducia non già, come tale, nell'idea di codice, che si muove appunto sul crinale tra mitologia e ideologia, ma nell'ambizione, che è anche un'opportunità politica di elaborare, oggi, un codice per l'Europa, nel segno del pluralismo e della pluralità.