



# Accademia

Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero *sei* Settembre - Dicembre 2024

- **CONFRONTI**

*Francesca Bartolini, Giovanni Di Rosa, Massimo Basile*

- **ORIENTAMENTI**

*Francesca Cristiani, Fabrizio Piraino, Guglielmo Bevivino*

- **OPINIONI**

*Angelo Barba, Tommaso dalla Massara, Luigi Buonanno, Francesca degl'Innocenti*

- **INTERSEZIONI**

*Pasquale D'Ascola, Andrea Nicolussi, Elena Bellisario, Geo Magri, Roberto Conti, Antonio Balsamo, Veronica Milone, Rita Russo, Mauro Grondona*

- **OSSERVATORI**

*Elena Bargelli, Barbara Pozzo, Ilaria Petrelli, Maria Vita De Giorgi, Aldo Laudonio*

**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:**

Giuseppe Amadio – Università di Padova

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

Tommaso dalla Massara – Università di Roma Tre

Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale

Matteo Dellacasa – Università di Pavia

Valentina Di Gregorio – Università di Genova

Chiara Favilli – Università di Pisa

Fulvio Gliotti – 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

Guglielmo Bevivino – Università di Milano Bicocca

Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano

Francesca Cerea – Università di Bergamo

Francesca Degl'Innocenti – Università di Firenze

Martina D'Onofrio – Università di Milano Bicocca

Andrea Maria Garofalo – Università di Trento

Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia

Susanna Sandulli – Università di Roma Tre

Daniela Santarpia – 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**

Giorgio Afferni (Università di Genova) – Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Alberto Maria Benedetti (Università di Genova) – Roberto Bocchini (Università di Napoli Parthenope) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Iliaria Amelia Caggiano (Università di Napoli Suor Orsola Benincasa) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Cristina Caricato (Università di Roma La Sapienza) – Donato Carusi (Università di Genova) – Cristiano Cicero (Università di Cagliari) – 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) – Claudia Irti (Università Ca' Foscari di Venezia) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Rolando Quadri (Università di Napoli Federico II) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Liliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Roberto Senigaglia (Università Ca' Foscari di Venezia) – Michele Sesta (Università di Bologna) – Sara Tommasi (Università del Salento) – Stefano Troiano (Università di Verona).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*single blind peer review*) nel rispetto dei criteri indicati nel vigente Regolamento Anvur.

© Copyright 2024 – Accademia Rivista dell'Associazione 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. 699

## CONFRONTI

- FRANCESCA BARTOLINI, La circolazione del sesso della persona: attribuzione, rettificazione, scelte di autonomia | *The circulation of the person's gender: attribution, rectification, autonomy choices* » 703
- GIOVANNI DI ROSA, L'identificazione della persona. La circolazione del cognome | *Person identification. Circulation of the surname* » 723
- MASSIMO BASILE, I robot "intelligenti" nella prospettiva del diritto europeo | *"Smart" robots in the perspective of european law* » 735

## ORIENTAMENTI

- FRANCESCA CRISTIANI, Affinità e divorzio: la Corte Costituzionale non interviene sull'art. 78 del codice civile | *In-law relationships and divorce: the Constitutional Court does not intervene on Article 78 of the Civil Code* » 771
- FABRIZIO PIRAINO, Sugli interessi moratori su crediti litigiosi. Note a margine della sentenza delle Sezioni unite n. 12449 del 2024 | *Regarding interest on litigated credits. Notes in the margin of the judgment of the united sections no. 12449 Of 2024* » 785
- GUGLIELMO BEVVINO, Prevalenza del privilegio "penale", ai sensi dell'art. 316 comma 4 c.p.p., sull'ipoteca "civile": graduazione degli interessi e possibili modelli interpretativo-assiologici | *Prevalence of the "criminal privilege" on the civil mortgage: graduation of the interests and interpretative models* » 811

## OPINIONI

- ANGELO BARBA, Tutela inibitoria del consumatore e trasparenza dei modelli omogenei di contrattazione | *Injunctive protection of the consumer and transparency of homogeneous contracting models* » 821

- TOMMASO DALLA MASSARA, Prospettive in tema di mutuo solutorio e accordo di non chiedere: in attesa delle Sezioni Unite | *Perspective on the loan aimed at fulfilling past obligations and pactum de non petendo: waiting for the decision of the United Sections* » 841
- LUIGI BUONANNO, Sospensione della prescrizione e natura della solidarietà | *Prescription suspension and solidarity nature* » 851
- FRANCESCA DEGL'INNOCENTI, L'informativa precontrattuale sull'obbligo di pagamento (solo condizionato) nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici. Profili applicativi e rimedi (A proposito di Corte giust. UE, 30 maggio 2024, causa C-400/22) | *Pre-contractual disclosure of (only conditional) payment obligations in distance agreements concluded by electronic means. Application profiles and remedies (On the subject of ECJ, 30 May 2024, Case C-400/22)* » 861

## INTERSEZIONI

- PASQUALE D'ASCOLA, Riflettendo sulle 'Immagini del rapporto obbligatorio' di Francesco Gambino | *Reflecting on Francesco Gambino's 'Images of the Obligatory Relationship'* » 881
- ANDREA NICOLUSSI, In dialogo con Francesco Gambino sulle obbligazioni | *Dialogue with Francesco Gambino on obligations* » 885
- ELENA BELLISARIO, Il lascito di Rudolf von Jhering. Due avvincenti volumi per non dimenticare | *The legacy of Rudolf von Jhering. Two compelling volumes so as not to forget* » 899
- GEO MAGRI, Puccini e il diritto privato: alcune suggestioni | *Puccini and private law: some insights* » 905
- ROBERTO CONTI, ANTONIO BALSAMO, VERONICA MILONE, RITA RUSSO, Aiace e il mondo del diritto. Un'intervista a quattro voci | *Ajax and the world of law. A four-part interview* » 919
- MAURO GRONDONA, Giuristi e diritto: tra pluralismo metodologico, coscienza critica, deontologia costituzionale (a proposito di MARIO LIBERTINI, Passato e presente del diritto commerciale) | *Jurists and law: between methodological pluralism, critical conscience, constitutional deontology (on Mario Libertini, Passato e presente del diritto commerciale)* » 945

---

## OSSERVATORI

---

- ELENA BARGELLI, Oltre i confini. L'internazionalizzazione del diritto privato | *Beyond borders. The internationalisation of private law* » 979
- BARBARA POZZO, La traduzione giuridica nel prisma del multilinguismo europeo | *Legal translation in the prism of European multilingualism* » 983
- ILARIA PRETELLI, La transnazionalizzazione delle fonti del diritto civile nella crisi istituzionale del diritto internazionale: quale evoluzione giuridica per una pace globale? | *The transnationalisation of the sources of civil law in the institutional crisis of international law: what legal evolution for global peace?* » 1003
- MARIA VITA DE GIORGI e ALDO LAUDONIO, Requiem per la Fondazione Italia Sociale | *Requiem for the Fondazione Italia Sociale* » 1029



## SOMMARIO

Dalla cultura greca cogliamo il linguaggio del diritto – un linguaggio per noi imbevuto di cultura romana – attraverso il teatro e, per una certa pigrizia mentale, tra i drammi di Sofocle siamo abituati a ricordare l'Antigone, con il consueto richiamo alle 'leggi non scritte' che l'eroina invoca e contrappone alla signoria della legge dello Stato. Occorre quindi essere grati a Roberto Conti che, con la consueta maestria, nella sezione **INTERSEZIONI** conduce un dibattito a più voci intorno ad un'altra e forse meno nota tragedia, l'Aiace, che, come ben spiegano gli autorevoli magistrati Antonio Balsamo, Veronica Milone e Rita Russo tra i quali si svolge il dialogo, tocca un tema altrettanto importante: la decisione ingiusta o percepita come tale. In fondo, il dramma di Aiace è quello dell'errore di giudizio – perché non gli sono assegnate le armi di Achille? Perché è stato preferito Ulisse? – e gli interventi svolti per rispondere alle intriganti domande offrono così un panorama di questioni che spazia dalla trasparenza delle regole del giudizio (espresse dalla sentenza quale forma di comunicazione sociale), ai modi per assicurare la prevedibilità degli esiti (con l'uso assennato dell'IA),

sino alle conseguenze del giudizio sulla persona (il suicidio di Aiace che si sente vittima di un'ingiustizia consente il richiamo all'importante pronuncia della Corte costituzionale tedesca sul diritto della personalità come inclusivo del diritto ad una morte autodeterminata).

La persona resta quindi al centro dell'attenzione e nella sezione **CONFRONTI** i contributi di Francesca Bartolini e Giovanni Di Rosa, declinano il termine persona in alcune delle valenze – sesso, cognome – che ne possono esprimere il carattere, mentre Massimo Basile affronta il medesimo tema dalla diversa angolatura della soggettività e della responsabilità dei 'robot intelligenti', raccogliendo la sollecitazione che proviene dall'intervento del legislatore europeo. In tal modo viene ad aggiungersi un altro tassello all'analisi, già avviata sul numero quattro di **ACCADEMIA** da Alessandro Mantelero, del Regolamento UE 2024/1689 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale. Nell'anno che si è chiuso è stato celebrato l'anniversario di Puccini cui anche **ACCADEMIA** ha voluto partecipare ospitando nella sezione

**INTERSEZIONI**, fedele al programma che la ispira, il contributo di Geo Magri sulle suggestioni che per lo studioso del diritto civile provengono delle opere dell'illustre compositore. Nella medesima sezione trovano spazio altre suggestioni forse più tradizionali, perché legate a letture di volumi di diritto, ma non per questo meno efficaci. Sono le suggestioni indotte dal testo di Francesco Gambino sul rapporto obbligatorio, con cui dialogano Pasquale D'Ascola e Andrea Nicolussi, dall'importante raccolta di scritti di Mario Libertini sul diritto commerciale, diffusamente illustrata da Mauro Grondona e, *last but not least*, dai due affascinanti volumi che Pasquale Femia ha dedicato al suo amato Rudolf von Jhering nei quali, come ben chiarisce Elena Bellisario, l'analisi giuridica si pone a confronto con la biografia ma soprattutto con la storia del pensiero giuridico. Le riflessioni sulle pronunce giurisprudenziali sono come di consueto numerose e nelle sezioni **ORIENTAMENTI** e **OPINIONI** il lettore troverà un variegato panorama di temi. Innanzi tutto in materia consumeristica, con le decisioni adottate dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale. Francesca Degl'Innocenti esamina criticamente CGUE 30 maggio 2024, nella causa C-400/22, non tanto con riguardo alla soluzione adottata circa gli esiti della violazione degli obblighi informativi nei contratti c.d. *point and click*, quanto con riferimento al diverso, ma connesso, profilo del confronto tra la legittimazione a far valere il rimedio demolitorio e la facoltà dell'originario

consumatore di sottrarsi agli effetti della nullità tramite convalida del contratto. Della decisione CGUE 4 luglio 2024, nella causa C-450/22, Angelo Barba non soltanto considera il profilo della nozione di 'consumatore medio' al fine della ricostruzione del sistema del diritto dei consumatori ma, riprendendo le fila del discorso già avviato sulle pagine di **ACCADEMIA**, disvela le problematicità dell'azione inibitoria collettiva, mettendo a fuoco come il controllo di trasparenza della contrattazione uniforme affidato all'azione collettiva si manifesti come ineludibile esito sistematico.

Due decisioni della Corte costituzionale sono portate all'attenzione dei lettori.

La sentenza 19 marzo 2024, n. 107 reca la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, nella parte in cui, a fini di ineleggibilità, dà rilievo al precedente rapporto di affinità derivante da matrimonio malgrado il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio ma evita, come spiega e lamenta Francesca Cristiani, di prendere nettamente posizione sul dettato dell'art. 78, comma 3, cod. civ. La sentenza 3 ottobre 2024, n. 160, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di repressione degli abusi edilizi nella parte in cui non fanno salvo il diritto di ipoteca iscritto in favore del creditore (non responsabile dell'abuso), in data anteriore alla trascrizione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, offre uno spunto importante che, come sottolinea il

contributo di Guglielmo Bevivino su entrambe le pronunce, dovrà essere opportunamente valorizzato quando le Sezioni unite esamineranno la questione prospettata nell'ordinanza interlocutoria del 12 luglio 2024, n. 19314, circa il rapporto tra il creditore che gode del privilegio previsto dall'art. 316, comma 4, cod. proc. pen. e il creditore garantito da ipoteca iscritta anteriormente al sequestro penale. Molteplici poi le questioni in tema di rapporto obbligatorio. Luigi Buonanno illustra la soluzione interpretativa offerta dalla decisione della Corte di cassazione 10 maggio 2024, n. 12928, sul modo di operare della sospensione della prescrizione in caso di condebitori in solido. Tommaso dalla Massara svolge un'accurata riflessione su profili problematici diversi e complementari che ruotano intorno alla figura del mutuo solutorio; merita al riguardo sottolineare come le questioni siano state poste da un'ordinanza interlocutoria della stessa Cassazione e da un rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 363-bis cod. proc. civ., proposto dal Tribunale di Siracusa, segno questo della efficacia del nuovo istituto processuale. Del resto, proprio due rinvii pregiudiziali hanno determinato le decisioni con le quali Cass. 7 maggio 2024, n. 12449 e Cass. 13 maggio 2024, n. 12974 hanno affrontato la questione di obiettiva importanza pratica concernente l'ambito di applicazione del quarto comma dell'art. 1284 cod. civ. sulla misura degli interessi. Decisioni per certi versi

insoddisfacenti mentre, come dimostra l'attenta analisi di Fabrizio Piraino, la lettera della legge non dovrebbe essere d'ostacolo a riconoscere che la condanna generica "agli interessi legali" sia comunque tale da consentire al giudice dell'esecuzione di calcolare gli interessi al tasso indicato nel quarto comma della disposizione a far data dall'atto introduttivo del giudizio. Nel novembre 2023, Elena Bargelli ha promosso a Pisa il Convegno dell'Associazione Civilisti Italiani "Oltre i confini. L'internazionalizzazione del diritto privato". La sezione **OSSERVATORI**, coerentemente alla sua finalità di aprire a nuove prospettive, è lieta di ospitare la relazione introduttiva della medesima Elena Bargelli ed i contributi di Barbara Pozzo e Ilaria Pretelli, che, con accenti diversi, svolgono il tema dell'incontro di studi.

A fronte di nuove aperture devono tuttavia registrarsi dolorose chiusure e così, a conclusione della medesima sezione, Maria Vita De Giorgi e Antonio Laudonio espongono una riflessione sconsolata circa l'estinzione, disposta con legge n. 104/2024, della Fondazione Italia Sociale, istituita con legge n. 106/2016 e destinata ad operare in quel Terzo Settore cui tanta attenzione sembra prestare il legislatore, sicché appare giustificata la meraviglia "*che non vi siano stati numerosi necrologi di un ente così festeggiato alla nascita, ma solo sbrigative menzioni della sua dipartita*".

Buona lettura!





### La circolazione del sesso della persona: attribuzione, rettificazione, scelte di autonomia\*



Francesca Bartolini

Prof. ass. dell'Università Link di Roma

**SOMMARIO:** 1. Il transessualismo tra legislatori e giudici. – 2. Il transessualismo come fenomeno giuridicamente rilevante. – 3. La rettificazione dell'attribuzione di sesso: biologia, potere pubblico, autonomia privata, resistenza del modello binario. – 4. I diritti della persona trans nei rapporti familiari.

#### 1. Il transessualismo tra legislatori e giudici

Il transessualismo fa registrare una singolare controtendenza del nostro Paese rispetto al più generale contesto mondiale. Se altrove il fenomeno trova una risposta legislativa, qualunque sia la direzione percorsa, in Italia la protezione della persona transessuale è integralmente affidata ai giudici. Il dato, a ben vedere, non deve sorprendere: il diritto delle persone e della famiglia da sempre si è evoluto (o involuto, nella prospettiva conservatrice) per il tramite di sentenze che hanno supplito all'inerzia del legislatore. Un'inerzia non necessariamente colposa, ma più probabilmente comprensibile in ragione della sostanziale impossibilità politica di affrontare temi e problemi su cui il confronto-scontro valoriale raramente fa registrare, nel contesto legislativo, soluzioni accettate e condivisibili da tutte le parti<sup>1</sup>.

---

\* Il contributo muove dalla relazione tenuta al convegno *La circolazione dello statuto personale* promosso dalla Societe de Législation Comparée, Section Méthodologie comparée du droit civil, dalla Associazione Civilisti Italiani, dal CIEC, *Commission Internationale de l'État Civil* e dall'Université Côte d'Azur presso la Corte di Cassazione il 19 gennaio 2024.

<sup>1</sup> Non a caso in Italia l'evoluzione del diritto di famiglia è avvenuta, in almeno due occasioni, sulla spinta di referendum popolari; dato che dimostra l'incapacità della mediazione legislativa di approntare discipline per problemi ad alto contenuto valoriale.

Solo così si spiega perché la Corte costituzionale sia stata chiamata a intervenire più volte nel decennio 2014-2024<sup>2</sup> a determinare passaggi fondamentali per la comprensione e la regolazione del fenomeno, finendo con l'offrire una disciplina che toccherebbe al legislatore confezionare. Solo muovendo da questa constatazione si può comprendere pienamente l'atteggiamento dell'ordinamento italiano di fronte all'aspirazione delle persone transessuali a uno statuto giuridico certo e, sul piano dell'autodeterminazione, idoneo a consentire una piena espressione della libertà individuale.

Sul piano comparatistico, è tuttavia evidente un disallineamento rispetto a quanto accade in altri ordinamenti<sup>3</sup>.

In questi mesi i legislatori di diversi Stati hanno infatti lavorato – o stanno lavorando – a una disciplina dei diritti della persona transessuale, prendendo posizione sulle questioni centrali di cui si è detto: il diritto ad autodeterminarsi in relazione al proprio corpo, i diritti della persona trans nella famiglia.

In Montana<sup>4</sup> è da poco stata approvata, tra molte polemiche, una legge che vieta gli interventi farmaceutici e chirurgici per il cambio di sesso ai minori di 18 anni.

In Belgio, dopo che la *Cour constitutionnelle*, nel 2019<sup>5</sup>, aveva dichiarato discriminatori alcuni articoli della legge sulle persone trans nei confronti delle persone non-binarie,

<sup>2</sup> In ordine cronologico inverso, Corte cost., 23 luglio 2024, n. 143 che dichiara inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 1 della l. n. 164/1982 circa la mancata previsione di un "terzo genere"; Corte cost., 20 giugno 2017, n. 180, sulla rettificazione di sesso non necessariamente subordinata all'intervento chirurgico; Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221; Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 170, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, ove entrambi lo richiedano, di mantenere una relazione familiare giuridicamente riconosciuta. Su tutte vd. *infra*.

<sup>3</sup> Un'indagine sui diversi approcci dei sistemi giuridici ai diritti della persona transessuale si trova in SCHERPE (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, 2015.

<sup>4</sup> Si tratta del *Senate Bill n. 99 – Youth Health Protection Act* –, proposto dal repubblicano John Fuller, approvato dalla Camera il 24 marzo 2023 e firmato dal Governatore il 28 aprile 2023: vieta la somministrazione di farmaci bloccanti per la pubertà, ormoni o interventi chirurgici su adolescenti trans e, negli ospedali psichiatrici, di ormoni somministrati su pazienti con disforia di genere. (Analogo provvedimento della Utah House – SB 16). Il testo della legge può essere reperito qui: <https://leg.mt.gov/bills/2023/billhtml/SB0099.htm>; a livello federale, il H.R. 734 – *Protection of Women and Girls in Sports Act* – proposta dal repubblicano della Florida Greg Steube, esclude le persone trans M2F dalle competizioni sportive femminili.

<sup>5</sup> È la sentenza n. 99 del 19 giugno, che ha annullato l'art. 3 della legge del 25 giugno 2017 – *Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets* – reperibile qui: <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2017/06/25/2017012964/staatsblad>. Il testo della decisione qui: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2017121509&table\\_name=wet](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2017121509&table_name=wet). Per una sintesi in lingua italiana: L.G. SCIANNELLA, *Diritto all'autodeterminazione e "terzo genere": la Cour constitutionnelle belge si pronuncia sul "Transgender Act"*, in *DPCE on line*, 2019/3, 2295 ss.

In letteratura, per un inquadramento della disciplina dei diritti della persona trans in Belgio,

costringendole a identificarsi nell'uno o nell'altro genere, è al vaglio della Commissione giustizia un disegno di legge per modificare la disciplina in vigore, che punta a eliminare dai documenti la voce relativa al genere di appartenenza.

Anche in Spagna è il legislatore ad aver semplificato, con la recente *Ley trans*<sup>6</sup> le procedure per la rettificazione dei documenti, eliminando il requisito di una valutazione medica.

In Germania il 12 aprile 2024 il Bundestag ha approvato la legge «sull'autodeterminazione in relazione alla registrazione del sesso» *Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag* (SBBGG) n. 20/9049 – per sostituire la *Transsexuellen Gesetz*, (TSG), con cui si consente alle persone di genere non binario di cambiare il sesso registrato all'anagrafe senza dover presentare la doppia perizia medica finora richiesta dalla legge sulle persone transessuali<sup>7</sup>.

In Russia la Duma – la camera bassa del parlamento – ha recentemente approvato in prima lettura un progetto di legge che vieta ai cittadini di Paesi che autorizzano la transizione di genere di adottare bambini in Russia<sup>8</sup>; il divieto riguarda i cittadini di Paesi che consentono «il cambiamento di sesso attraverso interventi medici, compreso l'uso di farmaci, e la modifica del genere nei documenti d'identità»<sup>9</sup>.

Il nostro legislatore non mostra di volersi attivare (in alcuna direzione); le questioni in gioco, tuttavia, sono tali e così delicate da dover indurre l'innescarsi di un dibattito di carattere legislativo: se è difficile oggi immaginare che ciò accadrà a livello nazionale,

---

può vedersi il contributo di MEIER, MOTMANS, *Trans Laws and Constitutional Rulings in Belgium: The Ambiguous Relations between Sex and Gender*, in *Politics and Governance*, 2020, 242 ss.

<sup>6</sup> La *Ley trans* è stata approvata il 16 febbraio 2023 – *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI* –, tutti i passaggi e il testo, in lingua spagnola, qui: [https://www.congreso.es/ca/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&\\_iniciativas\\_id=121%2F000113](https://www.congreso.es/ca/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000113).

<sup>7</sup> «Nichtbinär» – non binario – è la dicitura che sarà possibile adottare. In Germania dal 2011, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale federale, non è più necessario un intervento medico per il cambio di genere documentale; tuttavia, la TSG richiede un passaggio giudiziale che accerti il cambiamento definitivo con il supporto di due consulenti esterni. La proposta di cui al testo contiene una significativa semplificazione, rendendo possibile il cambio documentale con la sola dichiarazione della persona interessata. È previsto che per i minori infraquattordicenni siano i tutori legali a presentare la richiesta, mentre per i maggiori di quattordici anni la richiesta può farsi in autonomia, con il consenso dei tutori; il Tribunale potrà autorizzare, su richiesta del minore, se non c'è l'accordo dei tutori sulla rettificazione, la decisione da prendere sulla base dell'interesse superiore del minore; è interessante che su quest'ultimo punto un sondaggio pubblico sul quesito «*How do you rate the plans of the federal government to be able to change the gender entry yourself from the age of 14 with the consent of the parents?*» mostri una larga maggioranza di forte dissenso (*Definitely right*: 10,6%; *Rather correct*: 11,5%; *Rather wrong*: 10,6%; *Clearly wrong*: 58,9%; *I do not know*: 8,4%).

<sup>8</sup> Il comunicato stampa è consultabile qui: <http://duma.gov.ru/en/news/60337/>.

<sup>9</sup> Il progetto di legge è stato approvato in prima lettura con 397 voti a favore e uno solo contrario.

è auspicabile che succeda nel quadro delle istituzioni europee, sì da trattare i diritti della persona transessuale con lo strumento dell'armonizzazione, e mitigare le difformità di vedute che i diversi contesti politici presentano<sup>10</sup>, costruendo una 'posizione' comune a livello UE<sup>11</sup>. Non sembra, tuttavia, che i tempi siano maturi, posto che la dichiarazione per la promozione delle politiche europee a favore delle comunità Lgbtiq+ presentata dalla presidenza di turno belga ai Paesi membri dell'Ue non è stata firmata da nove Stati su 27: 1/3 di Europa ha da compiere ancora passi avanti, e in questo terzo ci siamo anche noi.

## 2. Il transessualismo come fenomeno giuridicamente rilevante

Il fenomeno del transessualismo è entrato nell'area del giuridicamente rilevante, in Italia, piuttosto presto<sup>12</sup>, quarant'anni fa; si sono poi avvicinati importanti cambiamenti nella società, ma anche nelle regole volte a disciplinare la transizione; i mutamenti, o, per meglio dire, le evoluzioni, su questo fronte non si devono però al legislatore, cui va riconosciuto ben poco merito, ma alla giurisprudenza, che ha svolto il ruolo più significativo, cogliendo i suggerimenti non solo della dottrina giuridica – già attenta –, ma anche di una società che cambiava, e inviava – e invia ancora – segnali forti e chiari.

Le vicende giuridiche del transessualismo mostrano un avvincente campo di prova, in cui oggettività e soggettività si fronteggiano consentendo all'osservatore di misurare la sensibilità del diritto civile rispetto al fenomeno della percezione di sé e della libertà di manifestarsi per come ci si sente<sup>13</sup>.

La protezione giuridica della persona transessuale si realizza proprio attraverso la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone trans, ovvero di chi non si identifica – soggettività – con il genere assegnato alla nascita in base ai caratteri sessuali

<sup>10</sup> Un auspicio in questa direzione si legge già in MAUGER-VIELPAU, *Le transsexualisme et le Code civil*, in *Droit de la famille*, 2005, 7.

<sup>11</sup> In Russia, a seguito dell'aumento di istanze di riassegnazione di genere per l'arruolamento nel servizio militare, il legislatore sta vagliando una legge per vietare la rettificazione di sesso (vietare quindi anche gli interventi chirurgici volti all'ablazione dei caratteri sessuali maschili), consentendo la rettificazione per i soli casi – identificati da una commissione medica di nomina governativa – di intersessualità. Vd. <https://www.kommersant.ru/doc/5967009?tg>.

<sup>12</sup> Salvatore Patti segnalò la prontezza del legislatore italiano, che intervenne sulla disciplina della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile dopo solo Svezia e Repubblica Federale Tedesca. Cfr. S. PATTI, WILL, *La "rettificazione di attribuzione di sesso": prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 729 ss., 734.

<sup>13</sup> Pubblico e privato si confrontano su diversi piani: pubblico l'interesse dell'ordinamento a determinare e assegnare il sesso alla persona, per identificarla nel contesto sociale; individuale – ma di rilevanza pubblicistica – è l'interesse, di natura soggettiva, della persona ad affermare la propria identità sessuale e a vederla riconosciuta nel senso del sesso cui sente di appartenere. Su questo vd. ancora S. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 335 ss., 336.

primari – oggettività – e intende manifestarsi e relazionarsi secondo un paradigma diverso da quello assegnato<sup>14</sup>.

In un contesto socio-culturale ancora complesso come quello italiano<sup>15</sup>, in cui restano (troppo) ampi spazi per una confusione terminologica – e dunque concettuale –, con sgangherate sovrapposizioni fra sesso, genere e orientamento affettivo, il legislatore è rimasto silente, trascurando di affrontare alcuni aspetti problematici di centrale importanza, lasciando che fossero gli scienziati a fare ordine, e i giudici a fare spazio ai diritti della persona che la condizione transessuale interessa<sup>16</sup>.

Si pongono in particolare due problemi centrali: da una parte, la questione dell'identificazione dei presupposti della rettificazione del sesso anagrafico, sollecitata dalla richiesta di allineamento del documento di identità al genere sentito come il proprio; dall'altra, il problema della sorte del vincolo matrimoniale quando uno dei coniugi intraprenda e finalizzi un percorso di transizione.

Con la prima vicenda emerge chiara l'importanza assunta dall'identità di genere quale nucleo essenziale dell'identità personale, e con essa l'interesse all'autodeterminazione della persona, che integra certamente un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.); le iniziative giudiziali che hanno consentito al problema di manifestarsi pienamente hanno risposto all'esigenza di non vedersi imposto un intervento chirurgico per veder rettificato il documento: un feticcio burocratico, che costringe però a fare i conti con un'identità in cui non ci si riconosce; e l'oppressione che l'ordinamento giuridico provoca sulla persona imponendo una compromissione violenta del corpo.

Il legislatore, per parte sua, aveva regolato la vicenda, ma con una scelta dalle pesanti conseguenze applicative: l'art. 3 della l. n. 164/1982 suonava infatti così: «il tribunale, quando

---

<sup>14</sup> È quella «doppia verità» del corpo di cui dice ZATTI, *Principi e forme del governo del corpo*, in *Il governo del corpo*, nel *Trattato di biodiritto* diretto da RODOTÀ e ZATTI, Milano, 2011, 99 ss.: «[i]l diritto del corpo si confronta con due fondamentali ambiguità, che tra loro si intrecciano: la doppia verità del corpo, che appare ora come indistinguibile dal soggetto, che vi si riconosce nei termini di essere, ora come oggetto di diritti, decisioni, appropriazioni; e la doppia verità dell'appartenenza, che appare ora come un nesso interno dall'identità (“mio” come “parte di me”) ora come un legame di possesso oggettuale (“mio” dunque “non-me”). Queste due ambiguità fondamentali sono attraversate da altre dicotomie, altri opposti tra cui il corpo oscilla: il corpo come insieme di parti uguali e/o diverse, il corpo come entità naturale e artificiale. Il diritto del corpo non può ignorare queste ambiguità né superarle con qualche pratica semplificazione: deve assumere su di sé il peso delle duplici verità (...)».

<sup>15</sup> Ne dà atto Luca Bruno, componente del *Sexual and Gender Diversity Studies Committee*, in *Varianze di genere, uno sguardo internazionale per gli psicoanalisti italiani*, *repubblica.it*, 3 febbraio 2023. Il parallelismo fra linguaggio corrente e inquadramento scientifico della «sindrome transessuale» emerge bene dalla lettura della voce di FAGGIONI, *Transessualismo*, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, Esi, 2017, XII, 260 ss., cui si rinvia.

<sup>16</sup> Fra i giuristi il tema fu sostanzialmente ignorato, salva qualche pregevole – e autorevole – eccezione (oltre a Salvatore Patti, già P. PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. e giur.*, 1970, 830 ss.; studi poi sviluppati in D'ADDINO SERRAVALLE, P. PERLINGIERI, P. STANZIONE, *Problemi giuridici del transessualismo*, Esi, 1981).

risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio». La disposizione è stata poi abrogata con il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il quale ha peraltro trasferito in altra sede, quella processuale, le stesse sostanziali regole, attraverso il richiamo all'art. 1 della l. n. 164/1982, ove «[l]a rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali». Letta la disposizione in combinato con il comma 4° dell'art. 31, secondo cui «[q]uando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», restava da chiarire se quel «quando risulta necessario un adeguamento» etc. potesse significare altro dall'obbligo di un intervento chirurgico che eliminasse ogni traccia dei caratteri sessuali 'originari'. L'orientamento assolutamente prevalente era negativo; ma, come si dirà nel prosieguo – par. 2 – da un caso posto a un Tribunale si è innescato il percorso verso il cambiamento. I tempi erano maturi, e il cambio di prospettiva, su questo aspetto, è avvenuto tutto in ambito giurisprudenziale: l'intervento chirurgico, da unico viatico per la libertà, è oggi una scelta lasciata alla persona in transizione, così come accade in altri ordinamenti europei.

La seconda dimensione problematica riguarda i diritti della persona trans nel contesto dei rapporti familiari; emerge anche qui un percorso: dall'idea che un'unione spirituale e materiale fra due persone, costituita nel prisma e sotto la 'protezione' dell'ordinamento giuridico, possa essere da quest'ultimo cancellata anche contro la volontà dei coniugi, all'apertura a soluzioni compatibili con le aspirazioni dei componenti della famiglia. Dallo scioglimento – imposto – del matrimonio, alla conversione in «altra forma di convivenza registrata». Anche qui, un lavoro tutto di matrice giurisprudenziale, che rifiuta l'antica idea di famiglia come istituzione da proteggere nei suoi presupposti formali, valorizzandone l'essenza di formazione sociale volta invece a veicolare la realizzazione dei singoli.

Ancora una volta il legislatore aveva manifestato una scelta di ordine burocratico ma con un impatto dirompente sulla vita dei coniugi: gli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982 introducevano infatti il c.d. divorzio automatico nell'ipotesi in cui un coniuge avesse proceduto alla rettificazione del sesso nei termini e con le modalità stabilite dalla citata legge. Dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, oggi le stesse regole si trovano all'art. 31, comma 6, d.lgs. n. 150/2011<sup>17</sup>, ma con la fondamentale "istruzione interpretativa" dettata dalla Corte costituzionale nel 2014, di cui si dirà nel prosieguo – par. 3 –. Qui il legislatore ha dovuto recepire l'input della Corte, introducendo nella disciplina delle unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76), all'art. 1, comma 27°, la regola per cui «[a]lla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi

<sup>17</sup> Art. 31, comma 6°, d.lgs. n. 150/2011: «[l]a sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898».

abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»<sup>18</sup>.

Ancora, nel quadro delle relazioni familiari si registra senz'altro un'evoluzione: dal transessualismo come limite al pieno svolgersi della relazione genitoriale al rifiuto dell'approccio discriminatorio basato sulla transizione del genitore dal genere assegnato a quello percepito. Anche qui, tutto si muove attraverso l'operato giurisprudenziale, con il ruolo centrale della Corte di Strasburgo<sup>19</sup>.

### 3. La rettificazione dell'attribuzione di sesso: biologia, potere pubblico, autonomia privata, resistenza del modello binario

Il sesso "documentale" è associato alla persona, alla nascita, in base ai caratteri genitali esteriori, che individuano il sesso biologico<sup>20</sup>. Ma il sesso è anche soggettivo-psicologico, perché la persona percepisce sé stessa come appartenente a un dato genere<sup>21</sup>; ed è anche "sociale", nella misura in cui si proietta sé stessi nella vita di relazione<sup>22</sup>. Altra cosa

---

<sup>18</sup> Per un commento si rinvia a S. TROIANO, *Comma 26-27*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, Torino, 2017, 412 ss.

<sup>19</sup> Su questo punto vd. a VIZZONI, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in *Famiglia*, 2016, 101 ss.

<sup>20</sup> Il legame è cristallizzato nell'art. 35 d.p.r. n. 396/2000 – e relative circolari esplicative –, ove si prescrive che il nome debba corrispondere al sesso del neonato. Sul tema, con particolare riguardo agli imbarazzi suscitati dal caso "Andrea", vd. VIGGIANI, *Il genere dei nomi nel nuovo ordinamento dello stato civile: il caso «Andrea»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 9 ss., e, in giurisprudenza, Cass., 20.11.2012, n. 20385, in *Fam. e dir.*, 2013, 766 ss., con nota di L. BARDARO, *La svolta della Cassazione: il nome Andrea è ambigenere*, nella cui motivazione si legge che «[l]’art. 35 introduce un ulteriore limite all’esercizio della scelta [del nome da attribuire al figlio da parte dei genitori, n.d.r.], costituito dalla corrispondenza del nome al sesso, al fine di escludere che un profilo d’indubbio rilievo della propria identità come il genere possa essere posto in dubbio o ingenerare ambiguità incidenti sul rispetto della dignità personale».

Il sesso biologico, come categoria distintiva in «maschio» e «femmina» legittimata dalla scienza, scopre il suo successo nella seconda metà del Seicento. Per comprenderne le radici filosofiche, e la connessione con altre varianti dell'identità sessuale, merita una lettura LAQUEUR, *Making Sex. Body and Gender from the Greeks to Freud*, Boston, 1990, trad. it. di Ferrara degli Uberti, *L'identità sessuale dai greci a Freud*, Laterza, 1992 (spec. 203 ss.). Sulla polimorfia della transizione nel corpo sono belle le pagine di LINGIARDI, *Corpo, umano*, Einaudi, 2024, 25 ss.

<sup>21</sup> L'identità di genere, secondo MONEY e ERHARDT, *Man and Woman, Boy and Girl, The differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Baltimora, 1972, e (rist.) Aronson, Northvale, 1996, è «il senso di sé stessi», l'unità e la persistenza della propria individualità "maschile o femminile", ovvero l'«esperienza di percezione sessuata di sé stessi e del proprio comportamento».

<sup>22</sup> Il sesso "sociale" può essere definito come espressione esteriore dell'identità di genere, come l'insieme dei messaggi che la persona invia all'ambiente circostante, manifestando il grado,

è l'orientamento sessuale, che individua la direzione dell'attrazione affettivo-sessuale che un individuo sente verso un'altra persona<sup>23</sup>. Questo multiforme concetto di sesso è tutt'altro che immobile; anzi, tutte le sue varianti possono mutare, a causa di un'evoluzione ambientale o per intervento umano<sup>24</sup>. Il transessualismo è fenomeno che, appunto, lascia emergere un disallineamento fra il sesso biologico (e per ciò, si è detto, documentale) e quello soggettivo-psicologico (identità di genere).

Poiché l'appartenenza a un genere è un dato di significativa rilevanza giuridica<sup>25</sup>, il legislatore non ha potuto fare a meno di intervenire, per consentire di dare a questa asimmetria un riconoscimento formale<sup>26</sup>, nel senso di far prevalere il genere percepito come il proprio su quello assegnato alla (e dalla) nascita.

Le coordinate del quadro culturale precedente di qualche anno la prima iniziativa del legislatore italiano sono ben rappresentate dalla motivazione di una sentenza della Corte Costituzionale<sup>27</sup>, esito di una questione incidentale di legittimità degli artt. 165 e 167 dell'Ordinamento dello stato civile e dell'art. 454 c.c. – che non prevedevano il diritto a ottenere la rettificazione dell'atto di nascita – sul parametro degli artt. 2 e 24 Cost. La Corte, in quell'occasione, inaugurò il palleggio con il legislatore, chiudendosi alla tutela di matrice costituzionale, ma invitando a una riflessione su un possibile intervento normativo. E, infatti, da una parte, rifiutò la lettura valorizzatrice del diritto all'identità

---

l'entità e l'armonia della propria sessualità. Da giurista, ma in prospettiva ampia, v. anche su questo S. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, cit., spec. 341 ss.

<sup>23</sup> Nozione di CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011, 6-7 come «scelta del genere del partner nell'ambito della sfera erotico-affettiva. S'intende così descrivere a livello di attrazione e/o condotta la direzione dell'affettività e sessualità di un individuo, indipendentemente dal genere, maschile o femminile, a cui appartiene». La distinzione netta fra identità di genere e orientamento sessuale può apparire scontata, ma non lo è: ne dà atto, soffermandovisi, già CORTE COST., 14.4.2010, n. 138, in *Foro it.* 2010, I, 1361 (s.m.), con nota di ROMBOLI e DAL CANTO e *ivi*, 1701 (s.m.), con nota di COSTANTINO, in *Giust. civ.* 2010, I, 1294, in *Iustitia* 2010, 311 (s.m.), con nota di COSTANZA, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 1491 (s.m.), con nota di MORLOTTI, in *Dir. famiglia* 2010, 1077, in *Dir. famiglia* 2011, 3 (s.m.), con nota di TONDI DELLA MURA, in *Giur. cost.* 2010, 1604 (s.m.), con nota di ROMBOLI e *ivi* 2715 (s.m.), con nota di Pezzini.

<sup>24</sup> Lo osserva P. PERLINGIERI, *Note introduttive*, cit., 830, secondo il quale i diversi profili che si combinano nella fattispecie "sesso" «non si traducono in entità fisse ed immutabili ma costituiscono entità variabili».

<sup>25</sup> S. PATTI, *Transessualismo*, nel *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 416. E lo è in ognuna delle sue declinazioni, anche se la sfera delle relazioni, cui il diritto si interessa per disciplinare i rapporti fra i consociati, assume una rilevanza preminente. Sotto questo profilo, si è rilevato, è la componente psicologica a prevalere su quella biologica (SELLAROLI, *La regolamentazione giuridica del c.d. cambiamento di sesso*, in *Giust. pen.*, 1968, III, 86). Cfr. anche S. PATTI, *Transessualismo*, nel *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 416.

<sup>26</sup> Ciò sulla spinta delle istanze degli interessati e rispondendo a una sollecitazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, avverte S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 163.

<sup>27</sup> Corte cost., 1° 8.1979, n. 98, in *Giur. it.*, 1981, I, 23 ss., con nota di DOGLIOTTI, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*.

sessuale quale diritto inviolabile della persona *ex art. 2 Cost.*, fatta propria dal Pretore di Livorno<sup>28</sup>; dall'altra, percepita l'opportunità di dar seguito a istanze sociali<sup>29</sup>, rinviò così: «[i]l problema può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio».

Naturalmente si trattava di scegliere lo strumento tecnico-giuridico più adatto per riconoscere il mutamento di sesso<sup>30</sup>. Sul tavolo c'erano due opzioni: l'azione di stato, con il relativo procedimento contenzioso<sup>31</sup>, e il procedimento di rettificazione, lasciato alla volontaria giurisdizione. Il legislatore scelse questa seconda via, disciplinando, con la menzionata l. n. 164/1982, la «rettificazione di attribuzione di sesso»<sup>32</sup>. La scelta si dimostrò buona a metà, perché la disciplina si limita a dettare, per la complessa vicenda, disposizioni di carattere burocratico-processuale. Vi si stabilisce la possibilità di ottenere la rettificazione dei registri dello stato civile presentando una sentenza «del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nasci-

<sup>28</sup> Vi si legge che «[l]'oggetto della garanzia costituzionale che, secondo il giudice *a quo*, le impugnate norme del codice civile e della legge sullo stato civile avrebbero violato, sarebbe il diritto all'«identità sessuale» quale altro fra i diritti inviolabili dell'uomo enunciati nell'art. 2 della Costituzione e tutelabili in giudizio in virtù dell'art. 24 della stessa [...] la Corte ritiene che le norme costituzionali invocate non pongano fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica». Del resto, la Corte più volte ferma l'attenzione su un *distinquo*: un conto è l'identità sessuale, altro è la libertà del comportamento sessuale, che non è contestabile. Quindi, tornando ai vari profili evocati nel testo: il sesso relazionale può esprimersi con la massima libertà; del sesso biologico può farsi ciò che si ritiene, e infatti non è in discussione la liceità civile e penale dei trattamenti chirurgici volti a modificare e i caratteri sessuali esterni; ma il sesso «documentale» non si tocca, perché non esiste un diritto al riconoscimento giuridico del sesso soggettivo-psicologico.

<sup>29</sup> Scrive P. PERLINGIERI, *Note introduttive*, cit., 834: «[i]n un momento, come il nostro, di rapida trasformazione dei costumi e della morale, in un regime di ampie libertà riservate ai cittadini, in un clima di rinnovamento degli studi sociali e giuridici, sempre più ispirati a realismo ed al principio dell'effettività, non sarebbe proficuo eludere questo grave problema – valutabile moralmente in piena autonomia – condannando *sic et simpliciter* il fenomeno dal quale trova origine e considerandolo, se non anti-giuridico, non conforme al diritto».

<sup>30</sup> Il che esprime una scelta di *policy* sul grado di incisività che l'ordinamento sente di dover esprimere sul tema «transessualismo». Risolvere le questioni in burocrazie, lasciando l'area amministrativa a chiudere la vicenda formale del riconoscimento del nuovo genere; affidarsi al giudice, che valuti, volta a volta, la sussistenza di presupposti da ritenersi idonei alla formalizzazione del mutamento; ovvero mostrare il lato onnivoro dell'«interesse pubblico» e usare la legge come suo scudo di protezione. Cfr. S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 419.

<sup>31</sup> La giurisprudenza preferiva questa via, sulla base dell'assunto per cui il procedimento camerale di rettificazione doveva servire alle sole rettificazioni di errori od omissioni materiali occorsi nella redazione dell'atto, e non a intervenire su questioni di stato, area cui si riconduceva il fenomeno del mutamento di sesso. Così, ad es., APP. BARI, 22.3.1962, in *Foro it.*, 1962, I, 1033. Sul punto si vedano P. STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 880-881 e S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 416-417.

<sup>32</sup> In dottrina, sull'associazione fra intervento chirurgico e rettificazione del dato documentale cfr. VECCHI, *Transessualismo e divieto di discriminazioni*, in *Famiglia*, 2001, 343.

ta a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» (art. 1); il procedimento, che si apre con ricorso, prevede che dell'udienza di trattazione sia data notizia a eventuali coniuge e figli del ricorrente, e che il pubblico ministero sia coinvolto nel giudizio. La sentenza di accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso, che non ha effetto retroattivo – art. 4, oggi 31, comma 6 d.lgs n. 150/2011 –, contiene l'ordine all'ufficiale di stato civile del comune dove fu compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro (art. 2) e «provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso» (art. 4).

La scelta del nostro legislatore si caratterizzò per un aspetto fondamentale: l'obbligo del trattamento chirurgico per ottenere la rettificazione (e, dunque, la corrispondenza fra i caratteri sessuali esteriori e il sesso “documentale”); e fino a tempi recenti non si discuteva su esiti interpretativi diversi da quello suggerito dal tenore letterale della menzionata disposizione.

Tuttavia, nel corso del tempo questo approccio iniziò a percepirsi come lontano dal sentire degli interessati e si creò uno spazio di manovra per interpretazioni più aggiornate al sentire comune. In questo percorso il legislatore non compare affatto.

Sono stati proprio i giudici, recependo le istanze sociali e osservando quanto già accadeva in altri ordinamenti, a mettere in discussione l'equazione rettificazione documentale=intervento ablativo<sup>33</sup>; a superare cioè quel «paradigma biologico»<sup>34</sup> così le-

---

<sup>33</sup> Il binomio bisturi-rettificazione, in origine ritenuto indissolubile, è andato in crisi proprio grazie ad alcune coraggiose decisioni dei giudici di merito. V. ad es. Trib. Rovereto, 3.5.2013, n. 194 (il cui testo è reperibile in [www.certidiritti.it](http://www.certidiritti.it)), dopo una giurisprudenza tutta romana – Trib. Roma, 18.10.1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, I, 1033 ss., con nota di LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento chirurgico*; Trib. Roma, 11.3.2011, in *Dejure*, con la quale si apre alla rettificazione dei registri dello stato civile anche senza previo trattamento chirurgico (il caso del 2013 è l'unico nel quale il ricorrente non aveva provveduto nemmeno con l'impianto al seno). Ciò che, del resto, corrisponde alle regole vigenti in Spagna, Argentina, Portogallo, Germania, Regno Unito e Austria. Il Tribunale segue i precedenti romani, secondo i quali il dato letterale della l. n. 164/1982 consente la rettificazione in assenza di interventi chirurgici, «in quanto prevede solo che debba essere autorizzato quando necessario, (senza peraltro precisare i termini dello stato di necessità e nemmeno specificare se per caratteri sessuali debbano intendersi quelli primari o secondari e fino a che punto debbano essere modificati)», mentre «nei casi di transessualismo accertato il trattamento medico chirurgico previsto dalla legge 164/82 è necessario nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosexualità ed il sesso anatomico determini nel soggetto un atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali». La motivazione accenna inoltre alla lettura costituzionalmente orientata della disciplina in questione, che impone di riconoscere un «concetto ampio di identità sessuale ex art. 2 e 32 Costituzione». Il riferimento è a Corte cost., 23.5.1985, n. 161 (in *Foro it.*, 1985, I, 2162, commentata da S. PATTI, *Identità sessuale e tutela della persona umana: si conclude un lungo dibattito?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, 349 ss. e da DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 235 ss.), che dichiarò inammissibili o infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione sulla disciplina allora recentemente introdotta.

<sup>34</sup> RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 254 (il superamento del paradigma biologico apre nuovi spazi alle decisioni della persona).

gato a un determinismo specchio di una società (e di un diritto) ormai superata.

Decisivo fu il ruolo dei giudici di merito, primi intercettatori dei bisogni e delle istanze delle persone e, per questo, primi interpreti a porsi il problema dell'attendibilità di letture non più attuali.

Una decisione importante in questo processo erosivo si deve al Tribunale di Genova del 5 marzo 2015, che ha accolto la domanda di rettificazione in quanto «[i]l dato letterale della norma consente tale interpretazione, costituzionalmente orientata, prevedendo che l'intervento debba essere autorizzato in via preventiva solo quando necessario, senza comunque specificare se per carattere sessuali debbano intendersi quelli primari o quelli secondari e sino a che punto debbano essere modificati. Così, "nei casi di transessualismo accertato il trattamento chirurgico è necessario nella misura in cui occorra assicurare all'interessato uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosessualità ed il sesso anatomico determini nello stesso interessato un negativo atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali, mentre nei casi in cui non si riscontri tale conflittualità non si deve ritenere necessario l'intervento chirurgico per consentire la rettifica dei dati anagrafici».

In questa prospettiva, l'intervento non è necessario, perché la persona ha già pienamente fatto propria un'identità sessuale di cui l'ordinamento deve prendere atto, e non deve pretendersi che a questa piena maturazione si accompagni l'intervento chirurgico, se non voluto.

Ma la vicenda si chiude con una decisione della nostra Corte di Cassazione<sup>35</sup>, che cristallizza quella intuizione in un precedente difficilmente superabile: per ottenere la rettificazione documentale del sesso non è necessario ricorrere a un intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali primari.

Ecco il caso: una persona di sesso maschile chiede al Tribunale l'autorizzazione al trattamento medico chirurgico prodromico alla rettificazione anagrafica; la ottiene, ma non procede però con l'operazione, ripresentandosi poi, dieci anni più tardi, con l'istanza di rettifica documentale [non preceduta da intervento chirurgico]; a sostegno della – più recente – domanda adduce sia la pericolosità dell'intervento per la propria salute, sia l'inopportunità dell'intervento, laddove i trattamenti ormonali ed estetici da tempo

---

<sup>35</sup> Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Corr. giur.*, 2015, 1349, con nota di BARTOLINI, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione "costituzionalmente orientata"*. Sulla stessa linea Corte cost., 5.11.2015, n. 221: «[d]eve essere dichiarata non fondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848 del 1955. La mancanza di un preciso riferimento testuale alle modalità con cui addivenire ad una variazione dei caratteri sessuali primari implichi la necessità di un trattamento chirurgico, che è soltanto una delle tecniche potenzialmente usufruibili. Spetta esclusivamente al singolo individuo scegliere le modalità attraverso cui porre in essere il proprio percorso di transizione, essendo la scelta di modificare chirurgicamente i propri caratteri sessuali l'esito di un processo di autodeterminazione».

intrapresi avevano consentito di vivere un'armonica appartenenza al genere femminile senza che si percepisse la necessità dell'intervento chirurgico ablativo dei caratteri sessuali primari.

In primo grado la domanda è respinta, perché il Tribunale, sulla base di un'interpretazione letterale della l. n. 164/1982, ritiene necessario l'intervento chirurgico, nonostante la CTU avesse accertato la sostanziale irreversibilità della condizione dell'istante, ormai del tutto ascrivibile socialmente al genere femminile.

In secondo grado la Corte d'Appello – con un'interpretazione che la Cassazione giustamente definisce «originalista» – ritiene che l'unica lettura possibile della disciplina del 1982 sia quella impositiva della modifica dei caratteri sessuali primari, condizione sufficiente, ma necessaria, per ritenere effettivamente irreversibile la nuova identità sessuale; d'altra parte, argomentano i giudici di secondo grado, vanno esclusi profili di incostituzionalità, considerando che l'intervento, pur se oggettivamente invasivo, è meramente facoltativo, poiché «la norma non preclude di vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile». La Cassazione accoglie il ricorso contro la decisione di secondo grado, muovendo, prima di tutto, dalla ricognizione delle disposizioni applicabili al caso concreto, per poi procedere con un'interpretazione funzionale che ne adegui il contenuto ai principi costituzionali nazionali e sovranazionali.

Non si comprenderebbe, però, il senso e l'importanza di questa decisione se non se ne cogliesse l'humus culturale prima ancora che giuridico, del quale occorre tratteggiare almeno i caratteri fondamentali.

Questo importante passaggio, per cui oggi in Italia è possibile la rettificazione con intervento giudiziale sì, ma senza necessità di intervento chirurgico, se non se ne sente la necessità la persona coinvolta, è stato possibile grazie a una rilettura (più) coerente del concetto di identità di genere, secondo una rinnovata rilevanza costituzionale, partendo da una prospettiva socioculturale, su presupposti ricavati dal dialogo con altre scienze, presupposti biologici e psicologici.

Non si tratta di un caso isolato, ma di un punto di arrivo che può dirsi oramai acquisito in seno alla giurisprudenza. Così con una bella sentenza del 2021, il Tribunale di Perugia<sup>36</sup> valorizza il «bisogno identitario» della persona, corrispondente a una «scelta meditata e stabile», che prescinde del tutto dall'intervento sul corpo fisico, ma che è «irreversibile» ai fini dell'accoglimento della richiesta di rettificazione del sesso e che, intuitivamente, pone quali protagonisti del processo i giudici, i loro poteri, ma soprattutto le loro sensibilità<sup>37</sup>. Il Tribunale di Bologna, nel 2023, fa chiaro riferimento all'«adeguato bilanciamento» fra l'identità di genere come «diritto inviolabile che compone il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuisce allo sviluppo equilibrato

<sup>36</sup> Trib. Perugia, 27.1.2021, n. 161. V., sempre sulla scia di Cass., n. 15138/2015, anche Trib. Roma, 7.6.2017, n. 80.

<sup>37</sup> Il superamento del paradigma biologico apre la questione della legittimità delle c.d. terapie di conversione, oggetto di una specifica disciplina in Germania: v. su questo tema V. PESCATORE (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, Torino, 2021.

della personalità degli individui» e «l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche», esigenza cui può darsi adeguata risposta «anche senza ricorrere a trattamenti che verrebbero a dimostrarsi ingiustificati e discriminatori, pur rimanendo ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dai risultati attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica»<sup>38</sup>.

Ma l'attualità fa registrare l'apertura di nuove prospettive: in una recentissima decisione, la Corte costituzionale ha affrontato la questione del c.d. terzo genere; ancora una volta, l'emersione di nuove istanze sociali pone all'attenzione dei giudici la complessa questione dell'insufficienza della prospettiva binaria (maschio/femmina) rispetto alla percezione di chi non trovi in questo bipartizione il proprio genere di appartenenza. Ancora una volta la Corte costituzionale di mostra sensibile a questa realtà, sulla quale giudici e legislatori di altri Paesi hanno iniziato a produrre regole giuridiche. Tuttavia, in una prospettiva fortemente concreta, la Consulta avverte che lo schema binario è posto alla base di numerose e importanti discipline giuridiche che informano di sé il sistema intero<sup>39</sup>. In ragione della centralità di questo schema, avverte l'impossibilità di praticare un'interpretazione costituzionalmente orientata, dovendosi necessariamente passare attraverso una sistematica e ordinata regolazione necessariamente riservata al legislatore, definito, in questa decisione, «primo interprete della sensibilità sociale». Su questo, l'esperienza degli ultimi trent'anni dimostra che il legislatore può rivelarsi insensibile

---

<sup>38</sup> Trib. Bologna, 13.4.2023, n. 816; nello stesso senso, Trib. Rovigo, 20.1.2023, n. 68 e Trib. Brescia, 5.12.2022, n. 2958.

<sup>39</sup> Vale la pena riportare le parole della stessa Corte cost -: «[d]altronde, l'eventuale introduzione di un terzo genere di stato civile avrebbe un impatto generale, che postula necessariamente un intervento legislativo di sistema, nei vari settori dell'ordinamento e per i numerosi istituti attualmente regolati con logica binaria.

Per ricordare solo gli aspetti di maggior evidenza, il binarismo di genere informa il diritto di famiglia (così per il matrimonio e l'unione civile, negozi riservati a persone di sesso diverso e, rispettivamente, dello stesso sesso), il diritto del lavoro (per le azioni positive in favore della lavoratrice), il diritto dello sport (per la distinzione degli ambiti competitivi), il diritto della riservatezza (i "luoghi di contatto", quali carceri, ospedali e simili, sono normalmente strutturati per genere maschile e femminile). L'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246), dopo aver sancito il principio della parità di trattamento e di opportunità «tra donne e uomini», da assicurare in tutti i campi (comma 2), precisa che esso non osta al mantenimento o all'adozione di misure in favore del «sesso sottorappresentato» (comma 3). La rettificazione in senso non binario inciderebbe anche sulla disciplina dello stato civile, e non soltanto per la necessità di coniare una nuova voce di registrazione, ma anche riguardo al nome della persona». (par. 5.5). La Corte costituzionale, forse per garbo verso la fonte stessa del suo potere, non menziona, tra le fonti del diritto in cui si presuppone l'approccio binario, la stessa Costituzione della Repubblica. Basti qualche esempio: l'art. 48, 1° comma: «[s]ono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età», e l'art. 37, 1° comma: «[l]a donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro e le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore».

alle istanze di autodeterminazione provenienti dalla società ed è probabile che, anche in relazione alla questione dell'insufficienza del modello binario, il giudice delle leggi, dovrà in futuro tornare a esercitare un ruolo di supplenza.

#### 4. I diritti della persona trans nei rapporti familiari

Anche nel contesto della formazione sociale più significativa – la famiglia – la persona transessuale si trovava di fronte a scelte dolorose, o a subire effetti non voluti, ma imposti dall'ordinamento.

Un'altra situazione che ha trovato nella giurisprudenza un importante motore di progresso riguarda il legame matrimoniale: con la sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014, la Consulta<sup>40</sup> si è pronunciata sulla legittimità costituzionale degli artt 2 e 4 della l. n. 164/1982 (disciplina della rettificazione del sesso): queste disposizioni introducevano il c.d. divorzio automatico nell'ipotesi in cui uno dei coniugi, successivamente al matrimonio, avesse proceduto alla rettificazione del sesso nei termini e con le modalità stabilite dalla citata legge<sup>41</sup>.

Il caso da cui prese le mosse la decisione della Consulta è noto, ma vale la pena ripercorrerne le tappe essenziali.

Alessandro, coniugato con Alessandra, chiese al Tribunale di Bologna la rettificazione dell'attribuzione di sesso, con modifica del prenome in Alessandra. Il Tribunale di Bologna (30.6.2009) ordinò l'annotazione nell'atto di nascita, nulla disponendo circa gli effetti del matrimonio. Pur in assenza di una decisione sul punto, l'ufficiale di stato civile del luogo di nascita di Alessandro, annotata la rettificazione nell'atto di nascita ex art. 49 d.P.R. 396/2000 – ordinamento dello stato civile – appose altresì, a margine dell'atto di matrimonio, la formula: «la sentenza ha prodotto, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982,

---

<sup>40</sup> Corte cost., 11.6.2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, 2674 [«sono costituzionalmente illegittimi gli art. 2 e 4 l. 14 aprile 1982 n. 164 (norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio consenta, comunque, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed i doveri della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; in via consequenziale, è costituzionalmente illegittimo l'art. 31 comma 6 d.lg. 1° settembre 2011 n. 150 (disposizioni complementari al c.p.c. in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 l. 18 giugno 2009 n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso»].

<sup>41</sup> Sulle critiche già formulate a questa disciplina rinvio a F. BARTOLINI, *Divorzio del transessuale e «conversione» del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 235 ss. e *Il divorzio del transessuale*, in I. QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, CARPANETO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Ariccia, 2014, 111 ss.

la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto a far data dal 29 giugno 2009 così come previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile».

Con ricorso *ex art.* 95 ord. stato civile, le (ormai due) Alessandre chiesero al Tribunale di Modena la cancellazione dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, sulla base di questo argomento: l'art. 4, l. 164/1982, non conduce all'automatico scioglimento, perché, in base agli artt. 1 e 3 della legge sul divorzio, per procedere a tale "adempimento" serve una sentenza provocata da un ricorso rimesso all'azione dei coniugi. La sentenza di rettificazione, dunque, è solo un presupposto previsto dalla legge come modificata nel 1987. Quanto al massimario dello stato civile evocato dall'ufficiale, che prevede l'obbligo di annotazione a margine dell'atto di matrimonio, sostennero le due Alessandre che esso avesse natura amministrativa, e, quindi, non potesse efficacemente contrastare con disposizioni di natura legislativa.

Il Ministero dell'interno si oppose, ma il Tribunale di Modena, con decreto 28 ottobre 2010<sup>42</sup>, accolse il ricorso, affermando che in assenza di un provvedimento di natura giurisdizionale sul punto l'ufficiale di stato civile non può, *sua sponte*, provvedere sul vincolo matrimoniale. E ordinò con decreto di cancellare la formula.

La Corte di Appello di Bologna<sup>43</sup> accolse il reclamo, affermando che l'obbligo di annotazione deriva senz'altro direttamente dalla l. 164/1982, art. 4, il quale obbliga l'ufficiale a procedere all'annotazione sia sull'atto di nascita sia sull'atto di matrimonio. E l'annotazione è legittima, perché l'art. 4 non è stato affatto abrogato dalle modifiche della legge sul divorzio, volte soltanto a precisare alcuni aspetti, e non certo a tradire il senso della disposizione. Sarebbe incompatibile con i principi dell'ordinamento lasciar permanere un vincolo matrimoniale privo di un suo presupposto essenziale (la diversità sessuale fra i coniugi). In un settore, quello dello stato della persona, di pubblico interesse.

Nei gradi del merito prevalsero, dunque, gli argomenti sottesi alla "strategia" legislativa culminata nel d.lgs n. 150/2011: un'interpretazione sistematica che tenta l'emersione dagli imbarazzi lasciati da quella letterale<sup>44</sup>.

La Cassazione<sup>45</sup>, peraltro, condividendo alcune delle tesi delle ricorrenti, nel rimettere alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità sull'art. 4 della l. n.

<sup>42</sup> Trib. Modena, 28.10.2010, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 72 ss., e commentato in *Giur. merito*, 2012, 570 ss. (WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*).

<sup>43</sup> App. Bologna, decr. 4.2.2011, in *Fam. pers. successioni*, 2011, 629 ss., e commentato, insieme alla decisione di primo grado, in *Giur. merito*, 2012, 570 ss. (WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*).

<sup>44</sup> Osserva giustamente AZZARRI, voce «Unioni civili (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, I tematici, IV. *Famiglia*, diretto da Macario, Milano, 2022, 1329 ss., e spec. 1347, che fra interesse statuale a non modificare il paradigma eterosessuale del matrimonio e l'aspirazione della coppia a continuare a esser riconosciuta come comunità prevaleva il primo.

<sup>45</sup> Cass., ord. 6.6.2013, n. 14329, in *Corr. giur.*, 2013, 1519 ss., con commento di S. PATTI, *Un ben motivato rinvio alla Corte Costituzionale in materia di divorzio «automatico» della persona transessuale* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 21 ss., con commento di SCHUSTER, *Quid est matrimonium? Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*.

164/1982, nell'ordinanza di rimessione chiariva che: (i) l'impianto normativo voluto dal legislatore nel 1982 non intese subordinare lo scioglimento del vincolo alla domanda di parte; (ii) la novella del 1987 ebbe come unico scopo la razionalizzazione del sistema, con l'instaurazione di un modello processuale più spedito ed efficiente, non certo il sovvertimento dei modelli matrimoniali metabolizzati dall'ordinamento in quel contesto socio-culturale; (iii) con il d.lgs. n. 150/2011 il legislatore ha pienamente confermato la scelta di predisporre una fattispecie di «divorzio "imposto" *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori»<sup>46</sup>.

Facendo un passo ulteriore, poneva la domanda centrale: se la soluzione del divorzio automatico di cui all'art. 4 l. 164/1982, oggi art. 31 d.lgs. 150/2011, obbligata nello spettro del rigore ermeneutico, fosse «compatibile con il sistema costituzionale, integrato dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo (da ritenersi operante come parametro interposto), sistema costruito: sul riconoscimento e tutela del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; sul diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri propri del vincolo coniugale; sul diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; sul diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale»<sup>47</sup>.

Il piano della discussione mutava, così, radicalmente, permettendo di identificare la vera questione: il sistema costituzionale italiano si era già trasformato, rispetto a quello di trent'anni prima, al punto da rendere necessario un adeguamento, da parte dei «tecnici delle regole», per garantire la compatibilità costituzionale del sistema?

I punti critici erano due, e su di essi la Cassazione invitava la Consulta a una verifica di tenuta costituzionale: il diritto all'autodeterminazione e l'impianto dei modelli relazionali accolti dal nostro ordinamento.

Sul primo profilo, l'invito era a porsi nuovamente il quesito se l'identità di genere rappresenti una parte di quel diritto di autodeterminarsi che, trentaquattro anni prima, non era stato ritenuto meritevole della tutela costituzionale riconosciuta ai diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost. Ma il diritto di autodeterminarsi è un «catalogo aperto»<sup>48</sup> la cui consistenza necessariamente muta sulle sollecitazioni del contesto di riferimento. La Corte Costituzionale aveva negato questa apertura<sup>49</sup>, ma poi aveva dovuto fare i conti con nuove, pressanti, forze tendenti a una forte valorizzazione dell'autodeterminazione: in Germania si discuteva già la legge sul divieto dei trattamenti di conversione, volta a vietare qualunque forma di imposizione dell'orientamento sessuale, per

<sup>46</sup> Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

<sup>47</sup> È sempre Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

<sup>48</sup> Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

<sup>49</sup> Corte cost., 1.8.1979, n. 98, cit.

lasciare alla persona scegliere da sé<sup>50</sup>; nel contesto italiano già si metteva in discussione la classificazione binaria del carattere sessuale<sup>51</sup>, e si ragionava sull'uso di "genitore 1" e "genitore 2", o di "genitore" e "altro genitore" in luogo di "padre" e "madre".

In secondo luogo, la Cassazione chiedeva alla Corte costituzionale di rompere il silenzio su questioni finora scaricate sul legislatore. Anni prima la Consulta si era espressa negando tutela al diritto al mantenimento del legame familiare preesistente<sup>52</sup> della persona che avesse rettificato il proprio sesso. Ma, avvertiva la Cassazione, ciò si giustificò contestualizzando la vicenda: in quella fase, la frontiera da raggiungere era il riconoscere e promuovere tutela per le situazioni minoritarie o anomale, garantendo un'attenzione adeguata ai valori di dignità e di libertà della persona. L'obiettivo, allora, era garantire una cesura con quella parte di sé nella quale la persona non si riconosceva, legittimandone la liberazione definitiva. Non c'era spazio, in quel contesto, per inserire fra quei diritti da riconoscere e promuovere, quello al mantenimento del vincolo matrimoniale preesistente; ciò che avrebbe comportato, nel bilanciamento fra la tutela della vita privata e l'interesse statale al mantenimento dei modelli familiari, il soccombere del secondo.

Il diritto all'autodeterminazione non poté così tanto, allora, ma poi il contesto sociale si è profondamente rinnovato e si è iniziato a guardare ai modelli familiari con una nuova lente<sup>53</sup>, tenendo conto della «felice contaminazione»<sup>54</sup> delle fonti costituzionali europee, convenzionali e internazionali che valorizzano i diritti della persona<sup>55</sup>.

La riflessione, naturalmente, si è perciò concentrata sulla possibilità di consentire la sopravvivenza di un vincolo matrimoniale fra persone dello stesso sesso, preso atto che l'eterosessualità non è da tempo canone di ordine pubblico né interno né internazionale. Così come la rottura *ex lege* di una relazione stabile e continuativa che abbia dato vita a un nucleo familiare costituzionalmente protetto integrerebbe un'«eliminazione chirurgica» di un interesse costituzionalmente protetto, mentre nel nostro ordinamento è oggi largamente condivisa l'esigenza di riconoscere alle unioni di fatto anche fra per-

---

<sup>50</sup> Su cui vd. PESCATORE, *La legge tedesca sui "Trattamenti di conversione": al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, in ID. (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 1 ss. Oggi la legge tedesca è in vigore.

<sup>51</sup> Cfr., per una critica del concetto binario nel sesso, GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 597 ss.

<sup>52</sup> Corte cost., 23.5.1985, n. 161, cit.

<sup>53</sup> Cfr. S. LUCIANI, *Transizioni familiari. Transessualismo, genitorialità e tutela del minore*, in RUSPINI, INGILLERI (a cura di), *Transessualità e scienze sociali*, Liguori, 2008, 2: «(...) sebbene la famiglia non costituisca una realtà «naturalmente» data, quanto una realtà socialmente negoziata e convenuta, il modello familiare storicamente affermatosi come l'unico e legittimo modo di fare famiglia è quello fondato sull'unione tra uomo e donna».

<sup>54</sup> CASS., 6.6.2013, n. 14329, cit.

<sup>55</sup> Per i profili di diritto internazionale e dell'Unione Europea, cfr. F. PESCE, *Mutamento di genere e orientamento sessuale tra diritto interno, europeo ed internazionale*, in QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, CARPANETO (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, cit., 85 ss.

sone dello stesso sesso uno statuto di diritti e obblighi con un trattamento “omogeneo” a quello delle coppie coniugate.

Oggi, dunque, su impulso della sentenza resa dalla Corte costituzionale, quando una persona sposata, rettificata l’attribuzione di sesso, dichiara all’ufficiale di stato civile, con il coniuge, l’intenzione di mantenere il legame giuridico, vede sciogliersi il matrimonio e contestualmente nascere l’unione civile<sup>56</sup>. Secondo il comma 4-*bis* dell’art. 31 d.lgs. n. 150/2011, inserito dall’art. 7 del d.lgs. n. 5/2017, infatti, «fino alla precisazione delle conclusioni la persona che ha proposto domanda di rettificazione di attribuzione di sesso ed il coniuge possono, con dichiarazione congiunta, resa personalmente in udienza, esprimere la volontà, in caso di accoglimento della domanda, di costituire l’unione civile, effettuando le eventuali dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome ed il regime patrimoniale». D’altra parte, adeguandosi, la legge sulle unioni civili oggi dispone che «[a]lla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l’automatica instaurazione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso» (comma 27 dell’art. 1, l. n. 76/2016).

Naturalmente la questione si è posta anche con riferimento alla disciplina delle unioni civili<sup>57</sup>, secondo cui: «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell’unione civile tra persone dello stesso sesso» (art. 1, comma 26, l. n. 76/2016). In un primo momento, investita della questione di costituzionalità<sup>58</sup>, la Corte costituzionale<sup>59</sup>, pur rilevati i profili di incompatibilità costituzionale, si è fermata sulla soglia dell’inammissibilità per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*.

Tuttavia il Tribunale di Torino<sup>60</sup>, investito del problema da una coppia omosessuale unita civilmente in cui uno dei componenti aveva concluso un giudizio di rettificazione di attribuzione di sesso, volendo trasformare, con il consenso di entrambi i componenti e senza soluzione di continuità, il precedente rapporto in matrimonio, per l’acquisita eterosessualità, ha sollecitato nuovamente la Corte costituzionale. Secondo il Giudice rimettente, il vulnus normativo integra una violazione degli articoli 2 e 3 Cost., per «ingiustificata disparità di trattamento in situazioni analoghe – dal matrimonio all’unione civile ma non viceversa – ed una ingiustificata limitazione alla libertà fondamentale

<sup>56</sup> LENTI, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2021, 497-498.

<sup>57</sup> Cfr. AZZARRI, voce «Unioni civili (dir. civ.)», cit., 1349: «[s]ulla norma in parola gravano nondimeno seri dubbi di legittimità costituzionale».

<sup>58</sup> Le questioni di costituzionalità sottoposte alla Consulta del combinato disposto degli art. 1, comma 26, l. 20 maggio 2016 n. 76, 31, commi 3 e 4-*bis*, d.lg. 1° settembre 2011 n. 150 e 70-*octies*, comma 5, d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396, nella parte in cui prevede che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell’unione civile tra persone dello stesso sesso, senza alcuna possibilità di conversione in matrimonio, previa dichiarazione congiunta dell’attore e dell’altro contraente dell’unione, in riferimento agli art. 2, 3, comma 1, e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu» sono state dichiarate inammissibili.

<sup>59</sup> Corte cost., 27.12.2022, n. 269.

<sup>60</sup> Trib. Torino, 29.5.2023, ord. n. 101.

dell'individuo, considerando l'automatico scioglimento dell'unione civile, senza contestuale istituzione dell'unione matrimoniale, pur in presenza dei requisiti di validità previsti dalla legge – capacità, consenso validamente manifestato ed eterosessualità dei nubendi – con ciò non riconoscendo adeguata protezione e tutela ai suoi componenti, in forza dei doveri solidaristici discendenti dall'essere (stati) essi parte di un gruppo sociale strutturato e legalmente riconosciuto».

La Corte Costituzionale<sup>61</sup> ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, l. n. 76/2016, n. 76, non già con riferimento all'art. 3, quanto piuttosto all'art. 2; secondo la Corte, l'istituto dell'unione civile, per come configurato dal legislatore, produce effetti in larga parte simili, ma non identici, a quelli prodotti dal matrimonio e, «in parte, di estensione ridotta rispetto a quelli nascenti dal matrimonio». Peraltro, è la soluzione di continuità rispetto al prodursi di questi effetti, che riconoscono e cristallizzano in una dimensione di efficacia giuridica la comunione spirituale e materiale fra i componenti, a generare il vuoto di tutela e, anzi, la «frizione con il diritto inviolabile della persona alla propria identità, di cui pure il percorso di sessualità costituisce certa espressione, e comporta un sacrificio integrale del pregresso vissuto». Sebbene con riferimento alla dimensione familiare, la Consulta torna a ribadire la centralità del percorso di transizione come modo di manifestarsi dell'identità della persona, e autodeterminarsi.

Anche in tema di filiazione, il diritto della persona trans a mantenere la relazione genitoriale durante e dopo la transizione, così come a esser ritenuta potenziale genitore<sup>62</sup>, si è affermato attraverso interventi giurisprudenziali, oggi sul parametro dell'interesse del minore<sup>63</sup>, pur in un contesto regolatorio dove il cambio di sesso non comporta alcun formale ostacolo alla genitorialità; si afferma, oggi, che va dimostrato, nel caso concreto, il pericolo che la condizione trans (o il percorso) determini un danno emotivo per il figlio, perché ne derivino conseguenze sul diritto a mantenere o a costituire il rapporto genitoriale<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Corte Cost., 22 febbraio-22 aprile 2024, n. 66, sulla quale BELLISARIO, *Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: il rimedio della Consulta*, in questa Rivista, 2024, 491 ss., la quale opportunamente si sofferma su alcuni centrali profili applicativi della decisione (spec. 501 ss.).

<sup>62</sup> Interessante la decisione della Corte di appello di Tolosa (CA Toulouse, 9 febbraio 2022, n. 20/03128) che, disallineandosi rispetto ai precedenti della Cour de Cassation, ha riconosciuto la maternità della donna trans, genitrice ma non gestante. Vd. il commento di C. SIFFREIN-BLANC, *Une femme transgenre sera finalement mère!*, in *Droit del la famille*, 2022, 34.

<sup>63</sup> Va visto sul tema J. LONG, *Essere genitori transessuali*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2008, II, 236 ss.; vd. anche, per un 'uso' del principio del *best interest of the child* in ambito UE, M.G. RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. fam.*, 2011, 1004 ss. Merita una lettura la ricerca condotta, peraltro qualche tempo fa, da E. FACCIO, E. BORDIN, *Genitori Transessuali: un'indagine esplorativa*, in *Scienze dell'Interazione*, I, 2009, 43 ss.

<sup>64</sup> È il caso di un genitore trans M2F che si era visto comprimere il diritto alle visite ai figli, fino a una completa estraniamento, dal momento della transizione. La Corte di Strasburgo ha stig-

**ABSTRACT**

Lo scritto, partendo dalle esperienze recenti di diversi ordinamenti a regolare la posizione giuridica della persona transessuale, propone una lettura dei passaggi evolutivi nel contesto italiano (nel senso del progresso della disciplina verso una più aperta autodeterminazione) attraverso la lente del rapporto legislatore/giurisprudenza, per sottolineare come quest'ultima abbia dovuto, nel tempo, supplire alle inerzie del primo. Si prefigura, ad avviso dell'autrice, la necessità, da un lato, di nuovi interventi da parte del giudice costituzionale; dall'altra di un possibile intervento di armonizzazione a livello sovranazionale, che garantisca una forma di protezione minima sottratta alla tirannia dei legislatori su un tema tanto delicato sul piano valoriale quanto facilmente strumentalizzabile sul piano politico.

*The paper, starting from the recent trends in various legal systems to regulate the legal status of transgender individuals, offers an analysis of the evolutionary steps within the Italian context (in terms of the progress of legislation towards a more open self-determination) through the lens of the relationship between lawmakers and the judiciary. It highlights how the judiciary has had to, over time, compensate for the inertia of the former. In the author's view, there is a need, on one hand, for new interventions by the constitutional court; on the other hand, a possible harmonization at the supranational level that ensures a minimum level of protection, against the risk of the tyranny of legislators on such a sensitive issue, both in terms of values and its susceptibility to political manipulation.*

---

matizzato la decisione della corte nazionale, basata com'era sostanzialmente su un solo studio in materia, oltretutto «widely criticised». In relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, la Corte ha quindi rilevato la violazione del diritto al rispetto della vita familiare, da un lato, del diritto di eguaglianza rispetto ad altri genitori, dall'altro. Si tratta di Corte eur. dir. uomo, 6.7.2021, ric. n. 47220/19, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-210878%22%7D%7D>. Vi si legge: «[...] in the present case the domestic courts did not conduct their assessment with the required scrutiny. They did not engage in an examination of the possible danger to the applicant's children, the nature and severity of the restriction of parental rights, the consequences it might have for a child's health and development, or any other relevant circumstances. In the absence of such relevant considerations the domestic courts based their decisions on the alleged possible negative effect of the applicant's gender transition on her children. The reasons put forward by the authorities and the evidence presented in support of their position cannot be regarded as convincing and sufficient (see paragraph 57 above) to prove the existence of any possible harm to the children's development and to justify the restriction of the applicant's parental rights» [...] «n restricting the applicant's parental rights and contact with her children without doing a proper evaluation of the possible harm to the applicant's children, the domestic courts relied on her gender transition, singled her out on the ground of her status as transgender person and made a distinction which was not warranted in the light of the existing Convention standards» (parr. 78-79).



### L'identificazione della persona. La circolazione del cognome\*



Giovanni Di Rosa

Prof. ord. dell'Università di Catania

**SOMMARIO:** 1. L'identificazione della persona e l'attribuzione tradizionale del cognome familiare. – 2. La recente (definitiva) inversione di rotta del giudice delle leggi. Il doppio cognome come regola derogabile. – 3. Profili dell'eguaglianza tra coniugi e questioni dell'identità dei figli. – 4. Autonomia privata familiare e scelte ordinarie. Criteri di sistema, ordini di problemi e prospettive *de iure condendo*.

#### 1. L'identificazione della persona e l'attribuzione tradizionale del cognome familiare

Il modello (e i relativi criteri) di identificazione della persona nel contesto familiare di appartenenza (aspetto interno) e nella correlativa proiezione negli ambiti relazionali altri (aspetto esterno) è espressione di un risalente rapporto (con inevitabili condizionamenti) tra consolidate tradizioni socio-culturali e correlative scelte normative. In tal senso il tema della costituzione del profilo identitario muove precipuamente dalla riconoscibilità del sé (il c.d. *quid proprium*) all'interno e secondo i dettami del modello familiare, in relazione alla determinazione giuridica dei parametri distintivi e, dunque, identificativi del soggetto di diritto anche rispetto al contesto esterno. In questo intreccio tra dimensione socio-culturale e fenomeno giuridico si scorge la ragione del profondo significato che, ognuno per parte propria, hanno il prenome e il cognome, i quali costi-

---

\* Il testo riproduce la relazione svolta il 19 gennaio 2024 al Convegno internazionale "La circolazione dello statuto personale", organizzato da Société de législation comparée, Associazione Civilisti Italiani, Commission internationale de l'état civil, Université Côte d'Azur e tenutosi a Roma, nell'Aula Giallombardo della Corte di Cassazione.

tuiscono per l'appunto (nel complesso) il nome in senso tecnico (anche se tale terminologia, pure appropriata, viene talvolta utilizzata, in maniera non tecnica, per indicare il solo prenome) a cui ogni persona ha diritto secondo l'attribuzione per legge (art. 6 c.c.). In disparte le questioni, pure rilevanti, che pone il prenome<sup>1</sup>, rispetto al cognome può evidenziarsi che esso «sorse, all'origine, per indicare una qualifica personale: la qualità di figlio di un determinato soggetto (patronimico) (...). Perpetuandosi, poi, attraverso le successive generazioni, lo stesso cognome ha cessato di aderire a quelle qualifiche personali, ed è divenuto semplicemente indicativo dell'appartenenza ad una famiglia»<sup>2</sup>.

Il nome, dunque, quale segno verbale che l'ordinamento, proprio in considerazione della corrispondente idoneità al fine dell'identificazione della persona, sottopone a una particolare disciplina, approntata (ma non solo) nel codice civile. Altresì, e questo appare lo stretto collegamento con il tema della personalità e dei relativi diritti, «la stessa *personalità* dev'essere, inoltre, intesa secondo la sua ampia portata, corrispondente all'attribuzione del nome *ad ogni persona*»<sup>3</sup>; in particolare, il diritto al nome «tutela un interesse che è reputato essenziale della persona»<sup>4</sup> e ne è espressione di un valore fondamentale, essendo peraltro inclusa la relativa tutela, da parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito del diritto alla vita privata e familiare<sup>5</sup>.

Sino a tempi recenti l'attribuzione del cognome (paterno) è stata automatica in presenza di un rapporto familiare, segnando così la continuità dell'appartenenza familiare medesima; il prenome, invece, è stato ritenuto espressione della libera scelta (oggi di entrambi i genitori)<sup>6</sup>, risultando indicativo della (anzi, servendo a segnalare la) diversità della persona rispetto agli altri componenti lo stesso nucleo familiare aventi appunto il medesimo cognome. Il tratto funzionale di quest'ultimo (che in tal senso è diverso dal prenome) opera(va) pertanto nella direzione (quanto all'aspetto interno) della corrispondenza della singola unità nominale alla famiglia intesa come gruppo unito e unitario, sotto la comune ègida della posizione paterna, e traduce(va) (quanto all'aspetto esterno) una pari rappresentazione destinata a proiettarsi nella società, evidente espressione di

<sup>1</sup> Puntualmente indicato da BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990 (rist.), 175, come «l'appellativo individuale»; per qualche, sia pure minimo, accenno a DI ROSA, *Attribuzione del prenome e dignità della persona*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2, 2009, 101 ss.

<sup>2</sup> DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, IV, 2, Milano, 1961, 20. Per suggestive indicazioni di carattere storico, a partire dal diverso sistema onomastico romano rispetto a quello greco, VIGGIANI, *Nomen omen. Il diritto al nome tra Stato e persona in Italia*<sup>2</sup>, Milano, 2020, 9 ss.

<sup>3</sup> DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 23.

<sup>4</sup> BIANCA, *Diritto civile*, 1, cit., 175.

<sup>5</sup> In questi termini, già, Cass., 20 novembre 2012, n. 20385, in *Foro it.*, 2013, I, 532 ss., con nota di CASABURI, *Il nome Andrea anche per le donne: una svolta della Cassazione*, rispetto alla (necessitata) interpretazione della normativa nazionale in materia di diritto al nome.

<sup>6</sup> Sulla scelta genitoriale del prenome E.V. NAPOLI, *Appunto su famiglia e diritto: la parità tra coniugi nel sistema onomastico*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Addenda al Tomo II, Sezione I – *La famiglia*, Milano, 2006, 1 ss.

un modello strutturato e organizzato secondo schemi ben definiti e assai risalenti. Si tratta(va) di una scelta compiuta dal legislatore italiano nell'originario sistema famiglia approntato dal codice civile del 1942, che, nonostante le successive riforme operate in ragione dell'avvento della Carta costituzionale (a partire dalla complessiva riforma del diritto di famiglia nel 1975 e sino alla più recente riforma della filiazione negli anni 2012-2013), non è stata per nulla messa in discussione<sup>7</sup>. L'automatica attribuzione del cognome (paterno) si presenta(va), piuttosto, quale traduzione normativa di un certo modello socio-culturale, oggi tuttavia del tutto estraneo alla realtà dei nostri tempi<sup>8</sup>, ma anche in contrasto con (almeno) due principi fondamentali, ossia l'aspetto egualitario della relazione genitoriale (e, nel contesto familiare, della parità ed eguaglianza tra i coniugi) e, quanto ai figli, l'aspetto della costruzione della propria persona a partire dai tratti identificativi del segno verbale costituito, per l'appunto, dal nome e, nel caso di specie, dalla parte rappresentata dal cognome, rispetto a sé e rispetto agli altri, deputato a individuare entrambi i soggetti propri ascendenti<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Accurata al riguardo la ricostruzione del senso delle originarie opzioni normative, unitamente ai rilievi critici in ordine alla permanente immutabilità, nonostante il deciso richiamo a dare piena attuazione al dettato costituzionale, da parte di V. BARBA, *Il cognome paterno e la disparità di genere. Una proposta in vista della attesa decisione della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2021, 1 ss. dell'estratto; adde IANNICELLI, *Il cognome del figlio tra principio di non discriminazione dei genitori e diritto all'identità personale del minore*, in *Actualidad juridica Iberoamericana*, 16-bis/2022, 1204 ss.

<sup>8</sup> Può al riguardo farsi riferimento, proprio per confermare quanto rilevato in testo, alla recentissima pronuncia di Corte cost., 18 gennaio 2024, n. 5, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 561 ss., con previo commento di MOROZZO DELLA ROCCA, *La filiazione affettiva e il limite dell'imitatio naturae nell'adozione del maggiorenne*, *ivi*, 554 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 291, comma 1 c.c., nella parte in cui, per l'adozione del maggiorenne, non consente al giudice di ridurre, nel caso di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l'intervallo di età di diciotto anni tra adottante e adottando, in ragione della mutata configurazione sociologica dell'istituto, non destinato più a perseguire, e soltanto, la funzione tradizionale di trasmissione del cognome (e del patrimonio), quanto piuttosto funzionale a formalizzare legami affettivo-solidaristici. Sulla ormai riconosciuta connotazione solidaristica dell'adozione del maggiore d'età, da ultimo, App. Cagliari, 9 maggio 2023, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 271 ss., con nota (parzialmente critica) di MAUCERI, *Adozione di maggiorenni e sindacabilità del dissenso del figlio dell'adottante*; in precedenza, tra diverse, Cass., 3 febbraio 2022, n. 3462, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 735 ss., con nota di MILAZZO, *Sull'ammissibilità dell'adozione del maggiorenne interdetto*. Del resto, proprio il tema del cognome dell'adottato maggiorenne è stato oggetto della decisione di Corte cost., 4 luglio 2023, n. 135, in *Famiglia e diritto*, 2023, 805 ss., con nota di BONILINI, *Il cognome dell'adottato maggiore di età e in Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 349 ss., con previo commento di TROIANO, *Automatismo vs. libertà di scelta nella determinazione del cognome dell'adottato maggiore di età*, *ivi*, 340 ss., che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 299, comma 1 c.c., nella parte in cui non consente, con la sentenza di adozione, di aggiungere, anziché anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiore d'età, se entrambi nel manifestare il consenso all'adozione si sono espressi a favore di tale effetto, in considerazione della tutela del diritto dell'adottato maggiorenne all'identità personale, assicurato attraverso l'ordine dei cognomi e con esclusione dell'automatismo di legge.

<sup>9</sup> In termini per certi versi differenti si presenta invece, ancora oggi, la disciplina del cognome

## 2. La recente (definitiva) inversione di rotta del giudice delle leggi. Il doppio cognome come regola derogabile

Proprio alla luce di quanto ora esposto, la recente declaratoria di illegittimità costituzionale (tra gli altri) dell'art. 262, comma 1 c.c., nella parte in cui dispone, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio nato fuori dal matrimonio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto, deve dunque essere salutata con favore, nei limiti in cui nel prosieguo si dirà e salvo migliori precisazioni con riguardo a quanto correlativamente disposto dal giudice delle leggi<sup>10</sup>. Del resto, non erano mancati in tal senso i precedenti richiami sia della stessa Corte costituzionale<sup>11</sup> sia, prima ancora, della Corte europea dei diritti dell'uomo con l'affermata violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14

---

maritale, atteso che l'art. 143-bis c.c. prevede che la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze, soluzione ritenuta da PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*<sup>2</sup>, Artt. 143-148, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2012, sub art. 143-bis, 153, un tentativo (comunque criticabile) «di conciliare la tradizionale funzione unitaria del nome familiare con l'esigenza di conservare alla donna la sua individualità – *rectius*, il segno distintivo personale»; adde E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2011, 640 ss.

<sup>10</sup> Si tratta della decisione di Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 958 ss., con commenti di AL MUREDEN, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio*, *ivi*, II, 1092 ss.; OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome: un intreccio possibile*, *ivi*, II, 1099 ss. e PEZZINI, *Doppia non basta: il cognome familiare davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, II, p. 1108 ss., che travolge anche la eguale regola di disciplina (implicitamente inferita da un complesso di disposizioni, alcune delle quali abrogate o modificate dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, come nel caso dell'art. 144 c.c., altre ancora vigenti) in ordine all'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio; adde il saggio di BRUTTI, *L'attribuzione patrilineare del cognome: tra Italia e America Latina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 1117 ss.

<sup>11</sup> Il riferimento è, in particolare, alla pronuncia di Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Famiglia e diritto*, 2017, 213 ss., con nota di AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità e dei genitori e identità personale del figlio*, che, accogliendo le questioni sollevate, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 262, comma 1 c.c., nella parte in cui non consente «ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno», individuando «nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.». Sui differenti approcci del giudice delle leggi nel corso del tempo (tra il 1988 e il 2016, sino a prima della declaratoria di illegittimità costituzionale del 2022) si sofferma PEZZINI, *Doppia non basta*, cit., 1110 s., rilevando, in via del tutto preliminare, «il lungo percorso di messa in discussione della regola di attribuzione ai figli del cognome paterno e del suo fondamentale potere sociale e simbolico». Ampia disamina delle controversie e delle relative decisioni giudiziali, sia amministrative, sia civili (di merito e di legittimità), sia costituzionali in VIGGIANI, *Nomen omen*, cit., 121 ss.

(divieto di discriminazione) CEDU<sup>12</sup>, alla cui stregua le norme di diritto interno devono essere interpretate<sup>13</sup>.

Una, sia pure sommaria, analisi della pronuncia può muoversi su diversi piani, sostanzialmente rispondenti ai diversi profili che contribuiscono a fornire un complessivo quadro del *decisum*. Si va, dunque, dal profilo procedurale, trattandosi di una decisione che trae origine da un'ordinanza di auto-rimessione<sup>14</sup> e contenente un monito al legislatore invitato a legiferare al più presto, secondo una tecnica già (diversamente) sperimentata nel recente passato sul versante della tutela dei diritti personalissimi<sup>15</sup>, al

<sup>12</sup> In merito Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, in *Famiglia e diritto*, 2015, 205 ss., con note di CARBONE, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio* e di STEFANELLI, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma; adde*, all'interno di un più ampio quadro di riflessioni, GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione "controluce"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 139 ss., nonché EAD., *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 159 ss.

<sup>13</sup> D'obbligo il richiamo alle due note pronunce di Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, *ex multis* in *Riv. dir. internazionale*, 2008, 197 ss., con previo commento, tra diversi, di GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente*, *ivi*, 136 ss.

<sup>14</sup> Si richiama qui Corte cost. (ord.), 11 febbraio 2021, n. 18, in *Famiglia e diritto*, 2021, 464 ss., con nota di BUGETTI-PIZZETTI, *(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli*, con la quale, nel corso del giudizio instaurato a seguito dell'ordinanza del giudice del merito rimettente, è stata sollevata dinanzi a sé questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3 e 117 Cost., propriamente nella parte in cui, relativamente all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, impone, in mancanza di diverso accordo dei genitori, l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori.

<sup>15</sup> Sono sempre più ricorrenti, al riguardo, le decisioni monito del giudice delle leggi, come nella ben nota vicenda che trae origine dal caso Cappato-Antoniani, scomposta, nel percorso giudiziale seguito dalla Corte costituzionale dopo la trasmissione degli atti da parte di Assise Milano (ord.), 14 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1470 ss. con previo commento di AZZALINI, *Il "caso Cappato" davanti alla Consulta: equivoci e paradossi in tema di aiuto al suicidio e diritto all'auto-determinazione terapeutica*, in *ivi*, 1462 ss., prima nell'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207, *ex multis* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 549 ss., con previo commento di AZZALINI, *Il "caso Cappato" tra moniti al Legislatore, incostituzionalità "prospettate" ed esigenze di tutela della dignità della persona*, *ivi*, 540 ss. e in *Rass. dir. civ.*, 2019, 566 ss., con nota di CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, con il rilevato vuoto normativo di adeguata tutela in ordine a determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti e la rinviata trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. (che prevede per l'appunto il reato di istigazione o aiuto al suicidio), sollevata durante lo svolgimento del processo di merito; poi, in assenza dell'auspicato intervento del Parlamento per assicurare il richiamato bilanciamento, nella successiva sentenza 22 novembre 2019, n. 242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 368 ss., con previo commento di AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, *ivi*, 357 ss., con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, agevola l'esecuzione

profilo sostanziale, in ordine alla ravvisata necessità di rendere effettiva la legalità costituzionale; dagli effetti scaturenti da quanto giudizialmente affermato, rispetto cioè alla illegittimità immediata del già richiamato art. 262, comma 1 c.c. e alla consequenziale e riflessa illegittimità quanto alla disciplina dell'attribuzione del cognome al figlio nato dal matrimonio, inferita implicitamente dagli originari artt. 144 e 237, comma 2 c.c. (nelle versioni antecedenti alla riforma del diritto di famiglia del 1975), ma anche delle vigenti disposizioni dell'art. 299, comma 3 c.c., sull'adozione da parte dei coniugi del maggiore d'età, e dell'art. 27, comma 1 legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di diritto del minore a una famiglia, relativamente all'adozione del minore, entrambe con riguardo alla prevista assunzione (diretta o indiretta) da parte dell'adottato del cognome dell'adottante (marito della coppia adottante), alla nuova regola introdotta, unitamente alle possibili deviazioni, e alle impartite "istruzioni" al legislatore *de iure condendo*.

Proprio sugli aspetti da ultimo riferiti si concentrerà adesso l'attenzione, sia per cogliere al riguardo i passaggi motivazionali di maggiore interesse della pronuncia, sia per misurarne l'impatto sul sistema dato ma, soprattutto, per segnalare le ragioni della formale inversione di rotta e il senso delle indicazioni fornite per l'avvenire al legislatore, in attesa del già evocato, indifferibile intervento, rispetto altresì alla gestione delle vicende delle nuove filiazioni (ossia dei nuovi nati) nel periodo di tempo che intercorre (e che continua a intercorrere) tra l'intervenuta e vincolante decisione giudiziale (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 1° giugno 2022) e l'improcrastinabile legiferazione (che però ancora non arriva).

### 3. Profili dell'eguaglianza tra coniugi e questioni dell'identità dei figli

La riferita declaratoria di incostituzionalità concerne, dunque, un complesso sistema di regole pari ordinate sul tema (relativamente a istituti distinti ma) convergenti in ordine alla comune determinazione dei criteri di (automatica) attribuzione del cognome paterno nell'ambito della filiazione (sia all'interno della relazione matrimoniale, sia fuori dal matrimonio, sia quanto al rapporto adottivo), in aperto contrasto con i principi di eguaglianza e di parità coniugale. Nell'impostazione del giudice delle leggi i criteri (ma anche le modalità) di attribuzione del cognome devono essere espressione dell'intreccio tra diritto all'identità personale del figlio e l'eguale e pari dignità dei genitori, che invece la determinazione della sola linea parentale paterna nell'attribuzione del cognome del figlio finisce per elidere nel segno della ravvisata invisibilità della linea parentale ma-

---

del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche reputate dalla stessa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

terna. Di più, l'automatismo del criterio normativo censurato incide, proprio in ragione della palesata violazione del principio di eguaglianza, su un altro elemento basilare del rapporto tra i genitori, quello cioè dell'unità familiare. Vengono così dunque messi in pericolo entrambi i presupposti fondativi del legame coniugale-familiare, ossia unità ed eguaglianza, oggi rafforzati dall'introdotta pari responsabilità genitoriale<sup>16</sup>.

Al fine pertanto di rimuovere il carattere discriminatorio della previsione contestata, che reca con sé pregiudizio all'identità del figlio e rende asimmetrici i rapporti tra i genitori, viene fissata la (nuova) regola secondo cui «Il cognome del figlio deve comporsi con i cognomi dei genitori, salvo (...) loro diverso accordo»<sup>17</sup>. Risulta quindi adottata una regola base, costituente criterio automatico di attribuzione del doppio cognome (in chiara contrapposizione al precedente), che però presenta (come a breve si vedrà) possibili diverse articolazioni, nel rispetto comunque del fondamentale principio dell'accordo tra i genitori, quantunque non manchino (secondo quanto meglio esposto nel prosieguo) concrete difficoltà applicative.

Già peraltro la regola dell'attribuzione automatica del doppio cognome, che trova applicazione dal giorno successivo alla intervenuta pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (dunque nel nostro caso a partire dal 2 giugno 2022), pone un primo problema rispetto all'ordine dei due cognomi (materno o paterno). Al riguardo, infatti, in mancanza di ordine concordato tra i due genitori, la soluzione prospettata in termini di disciplina deputata a dirimere il contrasto viene individuata nello strumento che, «in mancanza di diversi criteri, che potrà il legislatore eventualmente prevedere, (...) l'ordinamento giuridico già appronta per risolvere il contrasto fra i genitori su scelte di particolare rilevanza riguardanti i figli. Si tratta del ricorso all'intervento del giudice, previsto, in forme semplificate, dall'art. 316, commi secondo e terzo, cod. civ., nonché – con riferimento alle situazioni di crisi della coppia – dagli artt. 337-ter, terzo comma, 337-quater, terzo comma, e 337-octies cod. civ.»<sup>18</sup>.

Ora, al di là di ogni altro rilievo, possono in questa sede segnalarsi (almeno) due criticità. Per un verso, infatti, il ricorso al giudice in mancanza di accordo quanto all'ordine dei due cognomi corre il serio rischio di un "intasamento giudiziale", soprattutto in un momento storico, come quello che stiamo vivendo, dove si moltiplicano le iniziative legislative (alcune delle quali già compiutamente definite e operative) per l'introduzione

<sup>16</sup> Rilevava già peraltro PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., sub art. 143-bis, 156 ss., che alla ritenuta riconducibilità della tradizionale regola sul cognome dei figli alla garanzia costituzionale dell'unità familiare era stato facile obiettare che anche una soluzione diversa (doppio cognome o, al limite, cognome materno) sarebbe stata in grado di assicurare l'unità esteriore della famiglia, essendo del resto indubbio il risalente sbilanciamento in favore dell'uomo in evidente violazione del principio di parità tra i coniugi.

<sup>17</sup> Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit., 961.

<sup>18</sup> Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit., 961, rilevando altresì, a sostegno della soluzione proposta, che le disposizioni richiamate sono le stesse che, secondo la giurisprudenza e la dottrina, sono destinate a risolvere i contrasti tra i genitori anche quanto all'attribuzione del prenome.

di soluzioni stragiudiziali alle controversie (ancor prima dell'instaurazione di un contenzioso). Per altro verso, poi, anche ammesso che il ricorso al giudice sia soluzione appropriata, non pare facile individuare, rispetto a una questione come quella del caso di specie (quale cognome prima e quale cognome dopo), criteri di senso, compiuti e fondati, in termini cioè di parametri giudiziali da adottare per risolvere la peculiare controversia. Giusto per esemplificare, se si dovesse ritenere criterio adeguato quello alfabetico, non occorrerebbe in verità ricorrere in giudizio per ottenere un risultato che, in mancanza di accordo sull'ordine dei due cognomi, potrebbe comunque acquisirsi sulla base di una (preliminare) scelta normativa in tal senso (tuttavia, invero, ad oggi mancante)<sup>19</sup>. Discorso similare, di cui a breve si riferirà, può essere svolto con riferimento all'altro tratto di rilievo della decisione in esame, ossia la derogabilità della introdotta regola dell'automatica attribuzione del doppio cognome.

#### **4. Autonomia privata familiare e scelte ordinamentali. Criteri di sistema, ordini di problemi e prospettive *de iure condendo***

In attesa dell'intervento del legislatore, a cui lo stesso giudice delle leggi destina taluni suggerimenti (taluni dei quali già rappresentati per quanto precede e altri che saranno richiamati nel prosieguo), deputati in buona sostanza ad assicurare il rispetto dei principi violati dalla precedente scelta normativa ed evitare risultati paradossali, rimangono dubbi e perplessità in ordine al nuovo ordito regolativo, nonostante le stesse avvertenze giudiziali finalizzate a evitare i possibili rischi che pure l'opzione egualitaria e pari-identificativa presenta nel rapporto tra autonomia privata familiare e scelte ordinamentali. In tal senso un (sia pur rapido) esame delle possibili combinazioni al riguardo (quanto cioè ai risultati che è possibile ottenere rispetto alla regola, ove derogabile, del doppio cognome), unitamente a un confronto con gli altri sistemi giuridici sia dell'area di *civil law* sia dell'area di *common law* (segnatamente, in una certa direzione, quelli francese, tedesco e inglese; in una certa altra direzione, quello spagnolo) può contribuire a una meditata riflessione sulla materia. Senza peraltro dimenticare, in via del tutto preliminare, i già risalenti rilievi dubitativi di chi metteva in guardia rispetto ai pericoli concreti di una scelta diversa rispetto a quella (originariamente) data, deputata a palesare all'esterno l'appartenenza dei figli a una determinata comunità familiare<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Questo, del resto, secondo quanto riferito da OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome*, cit., 1104 s., è il criterio legale rinvenibile nei precedenti provvedimenti presentati in Parlamento per risolvere la questione.

<sup>20</sup> Si tratta della posizione di PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*<sup>2</sup>, cit., sub art. 143-bis, 162 s., pur non escludendo una eventuale possibilità di attribuzione ai coniugi di una facoltà di scelta al momento della celebrazione del matrimonio, con opzione dunque anche per il matronimico, ma decisamente critico in ordine alla soluzione di adottare un doppio cognome.

Più precisamente, il diverso accordo tra i genitori indicato dal giudice delle leggi come regola suppletiva rispetto a quella automatica può certamente avere un senso, laddove consente l'opzione concordata per un solo cognome (materno o paterno che sia), in ipotesi che, in verità, paiono necessitate dalla stessa situazione concreta. Viene infatti messo in evidenza, a fondamento della declaratoria di illegittimità costituzionale della mancata previsione della regola derogatoria, l'impedimento normativo (per l'appunto rimosso) «ai genitori di avvalersi, in un contesto divenuto paritario, di uno strumento attuativo del principio di eguaglianza, qual è l'accordo, per compendiare in unico cognome il segno identificativo della loro unione, capace di permanere anche nella generazione successiva e di farsi interprete degli interessi del figlio»<sup>21</sup>. In particolare, secondo quanto richiamato dal giudice delle leggi, l'accordo può (ma forse deve) tenere conto di preesistenti profili correlati allo *status filiationis*, nel caso ad esempio di sussistenti legami con fratelli o sorelle, che portano il cognome di uno solo dei genitori (anche qui materno o paterno che sia). Si può peraltro dare «l'eventualità che i genitori – nell'interesse del figlio – condividano la scelta di trasmettere il cognome del solo genitore che abbia già altri figli, dando così prioritario risalto al rapporto tra fratelli e sorelle»<sup>22</sup>. In tutte queste ipotesi, almeno così sembrerebbe, l'accordo dei genitori si porrebbe come regola, certo derogatoria rispetto a quella introdotta con l'automatica attribuzione del doppio cognome, ma “adattivo-suppletiva” in ragione delle peculiarità del singolo caso concreto in un quadro già esistente che non può essere trascurato (come nell'ipotesi di preesistenti fratelli o sorelle che abbiano avuto attribuito un singolo cognome). Pertanto, fissata la (nuova) regola del doppio cognome, solo l'accordo di entrambi i genitori (non surrogabile per via giudiziale) può consentire l'attribuzione al figlio del cognome di uno dei genitori<sup>23</sup>.

Ricostruito, per come si è qui provato sinteticamente a rappresentare, il sistema del cognome familiare, il giudice delle leggi, a corollario delle declaratorie di illegittimità costituzionale, formula un duplice invito al legislatore, sia in considerazione di quanto in quella sede deciso (dunque in prospettiva), sia anche in ragione di quanto già accaduto negli ultimi venti anni (a partire dal 2006), avendo contribuito varie fonti normative alla diffusione di doppi cognomi. Al di là dell'intervento normativo, opportunamente ritenuto impellente, in grado di mettere ordine nella situazione così venutasi a creare (ma di cui, almeno ad oggi, non si ha sentore), viene segnalato un doppio rischio, che in qualche modo è espressione di un'appropriata avvertenza deputata ad assicurare, per così dire, “le istruzioni per l'uso”. Una volta infatti introdotta giudizialmente l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori quale regola di carattere generale, occorre evitare, da un lato, il rischio del moltiplicatore intergenerazionale e, dall'altro, il rischio della

<sup>21</sup> Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit., 962.

<sup>22</sup> Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit., 962, sempre con riferimento alla previsione dell'art. 262, comma 1 c.c.

<sup>23</sup> L'impossibilità di ricorrere al giudice in mancanza di accordo dei genitori sul singolo cognome viene motivata da Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit., 962, rilevando che tale consenso «implica la scelta di identificare con il cognome di uno dei genitori il duplice legame con il figlio».

discriminazione pari-generazionale. Per un verso, dunque, proprio in ragione della necessità di preservare la funzione del cognome, identitaria e di identificazione, si tratta di neutralizzare la possibilità che, attraverso l'applicazione dell'attribuzione automatica del doppio cognome, nel succedersi delle generazioni, si determini un effetto moltiplicatore dei cognomi, opposto a quello voluto. Per altro verso, altresì, per le medesime ragioni non può consentirsi, e in questo senso si rende necessaria la scelta normativa, che al figlio venga attribuito un cognome differente da quello di fratelli e sorelle preesistenti, nella concomitanza e compresenza cioè di eguali generazioni, trattandosi di escludere, sempre per via legislativa, variazioni attributive in corso d'opera attraverso la disposta vincolatività della originaria determinazione in ordine al cognome del primo figlio che, poi, non potrebbe essere mutato per i successivi (nati nel matrimonio o adottati dalla medesima coppia).

Va certamente dato atto ai giudici costituzionali di uno sforzo di dettaglio nel fornire accurate spiegazioni, nell'immediato, e chiari indirizzi quanto alle possibili soluzioni nel pressante invito di intervenire rivolto ancora una volta al legislatore. Peraltro, proprio per aggiungere completezza all'articolato quadro così ricostruito, ci si perita di indicare, *ratione temporis*, che la decisione «troverà applicazione alle ipotesi in cui l'attribuzione del cognome non sia ancora avvenuta, comprese quelle in cui sia pendente un procedimento giurisdizionale finalizzato a tale scopo»<sup>24</sup>; eventuali richieste di modifica successiva del cognome già attribuito seguiranno pertanto l'ordinaria disciplina vigente contenuta nel (recentemente sostituito) art. 89 decreto Presidente della Repubblica, 3 novembre 2000, n. 396, recante regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile. Della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 262, comma 1 c.c., rispetto al caso del riconoscimento del figlio, estesa anche alle norme sull'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio e al figlio adottato, ha preso subito atto il Ministero dell'Interno, il cui Dipartimento per gli affari interni e territoriali ha diffuso, lo stesso giorno della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la circolare n. 63 con la quale, richiamato sinteticamente il *decisum* giudiziale, si è poi sottolineato che, proprio in attuazione di quanto statuito dal giudice delle leggi, «l'ufficiale dello stato civile dovrà accogliere la richiesta dei genitori che intendono attribuire al figlio il cognome di entrambi, nell'ordine dai medesimi concordato, al momento della nascita, del riconoscimento o dell'adozione, fatto salvo l'accordo per attribuire soltanto il cognome di uno di loro soltanto».

Osservato con favore il percorso che ha trovato piena attuazione con la pronuncia in esame, non si è tuttavia mancato di rilevare che l'intervenuto superamento della regola del patronimico, assicurando una (diversa) soluzione, rispettosa del principio di non discriminazione tra il padre e la madre, potrebbe essere sostanzialmente neutralizzato dalla riconosciuta possibilità di scelta in capo ai genitori (attraverso dunque il loro accor-

---

<sup>24</sup> Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, cit., 963, evidenziando che «possibili vicende che incidano sullo status filiationis o istanza di modifica dello stesso cognome siano regolate da discipline distinte rispetto a quelle relative al momento attributivo».

do) in ordine all'attribuzione di un solo cognome (materno o paterno che sia) al proprio figlio<sup>25</sup>. Si è così dunque prospettata in senso diverso l'introduzione dell'obbligatorietà del doppio cognome, al pari di quanto accade nel sistema spagnolo e a differenza di quanto previsto per i sistemi francese, tedesco e inglese, in cui è affidata ai genitori la scelta tra diverse possibili soluzioni (doppio cognome oppure un solo cognome, materno o paterno), proprio per evitare che l'eventuale riconoscimento dell'autonomia genitoriale possa compromettere la piena attuazione del diritto all'identità personale del figlio<sup>26</sup>.

Pare per l'appunto che il nuovo ordine introdotto dalla Corte costituzionale, ossia la regola del doppio cognome, espressione dell'eguaglianza e della parità genitoriale, derogabile tuttavia in nome della riconosciuta diversa scelta, frutto dell'autonomia decisionale dei genitori, dell'unico cognome, si palesi fragile. Si è al riguardo rilevato che la maggiore fragilità «consiste nell'aver voluto combinare la scelta del doppio cognome con l'autonomia privata. E di aver spinto l'autonomia dentro i meccanismi di fissazione del doppio cognome, lasciando appunto ai genitori la scelta dell'ordine in cui accostarli»<sup>27</sup>. Per rimediare si propone allora di escludere ogni spazio all'autonomia dei genitori, anche laddove circoscritta (come nel caso della regola del doppio cognome che affidi però ai genitori l'ordine degli stessi), attraverso la combinazione dei due cognomi in modo incrociato in base al sesso. Riprendendo, infatti, un sistema di tal fatta presente in tempi assai remoti, sarebbe possibile «dare a ogni figlio due cognomi in quest'ordine fisso: prima il paterno e poi il materno ai bambini; prima il materno e poi il paterno alle bambine. Mentre dalla seconda generazione in poi, in un mondo popolato di doppi cognomi, la regola diverrebbe la seguente: ogni madre passerebbe del proprio cognome solo la parte ereditata dalla propria madre; e i padri solo la parte del cognome ereditata per via paterna. E così via all'infinito»<sup>28</sup>. I rischi e le difficoltà di affidare, sia pure non in prima battuta, all'autonomia decisionale dei genitori la scelta sul possibile unico cognome erano stati del resto già evidenziati da chi individuava nella soluzione concordata quanto alla scelta del cognome (materno o paterno) un rimedio parziale, destinato a perpetuare quella di-

<sup>25</sup> Si tratta della posizione di AL MUREDEN, *Il cognome*, cit., 1097 s., il quale evidenzia in tal caso il rischio dell'impossibilità di tutelare adeguatamente il diritto all'identità personale del figlio, «ossia il suo interesse all'attribuzione di un cognome capace di rappresentare nel modo più completo, fedele e duraturo possibile i legami di parentela con le famiglie di entrambi i genitori»; rilievi sostanzialmente analoghi da parte di PEZZINI, *Doppia non basta*, cit., 1114 ss., a cui avviso attraverso la soluzione derogatoria l'identità del figlio, nonostante venga affermata come diritto costituzionalmente riconosciuto, «finisce per assumere una configurazione incerta, alternativa, potendo esprimere, a seconda della scelta dei genitori, due contenuti nettamente differenti del legame familiare».

<sup>26</sup> In tal senso AL MUREDEN, *Il cognome*, cit., 1097 s.

<sup>27</sup> L. OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome*, cit., 1106.

<sup>28</sup> L. OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome*, cit., 1107, evidenziando le positività del sistema illustrato, sia in ordine alle questioni di genere, sia in ordine alla conservazione delle varietà cognominali, sia soprattutto quanto alla intellegibile prosecuzione del sistema, di generazione in generazione.

seguaglianza che si voleva invece contrastare, reputando comunque farragginosa la soluzione di adottare un doppio cognome<sup>29</sup>.

In punto di metodo, infine, si è rilevato che i moniti contenuti nella pronuncia del giudice delle leggi, in assenza di una soluzione normativa che fissi regole precise e puntuali, innescano una possibile catena decisionale con ulteriori interventi giudiziali destinati a occupare progressivamente lo spazio discrezionale del legislatore, con la conseguenza che «La lunga saga del cognome – oggi provvisoriamente approvata a un *effetto conformativo a contenuto costituzionalmente vincolato*, anche se non esaustivo – non dice nulla di certo o definitivo su quando e perché una questione cessi di essere nello spazio della discrezionalità del legislatore, né sulle ragioni che indirizzano il modo in cui la Corte perimetra i confini ovvero il contenuto della discrezionalità legislativa»<sup>30</sup>.

## ABSTRACT

La dichiarata illegittimità costituzionale del criterio dell'automatica attribuzione del cognome paterno nell'ambito della filiazione trova fondamento nel rilevato contrasto con i principi di eguaglianza e di parità coniugale, unitamente alla evidenziata necessità di tutela del diritto all'identità personale del figlio. Il disposto sostitutivo criterio, parimenti automatico, di attribuzione del doppio cognome viene ritenuto espressione dello stretto rapporto tra il diritto all'identità personale del figlio e l'eguale e pari dignità dei genitori. Il contributo, esaminato il complessivo contesto all'interno del quale si colloca, con significativa incidenza, la decisione della Corte costituzionale, ne prende in considerazione pregi e limiti, con particolare riguardo alla affermata derogabilità concordata quale regola modificativa da parte dei genitori del nuovo regime legale del doppio cognome.

*The declared constitutional illegitimacy of the criterion of the automatic attribution of the paternal surname in the sphere of filiation is based on the noted conflict with the principles of equality and marital equality, together with the highlighted need to protect the child's right to personal identity. The similarly automatic substitute criterion of double surname attribution is considered an expression of the close relationship between the child's right to personal identity and the equal and equal dignity of parents. The contribution, having examined the overall context within which the Constitutional Court's decision is placed, with significant impact, considers its merits and limitations, with particular regard to the affirmed agreed derogability as a modifying rule by parents of the new legal regime of the double surname.*

<sup>29</sup> Il riferimento è alle considerazioni di PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., sub art. 143-bis, 158 ss.; in ragione del complessivo quadro ricostruttivo fornito con riguardo alla regola della automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (o, meglio, del cognome della famiglia a cui questi appartiene), E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, cit., 649 s., esclude che ciò comporti un qualche privilegio all'uomo a discapito della donna.

<sup>30</sup> PEZZINI, *Doppia non basta*, cit., 1116.



# I robot “intelligenti” nella prospettiva del diritto europeo\*



Massimo Basile

Già prof. ord. dell'Università di Messina

**SOMMARIO:** 1. I robot “intelligenti” come prodotti composti pericolosi. – 2. Misure di sicurezza anteriori alla “messa a disposizione” dei robot nel mercato. – 3. I robot nel mercato. – 4. L'utilizzo di robot per produrre beni o servizi, e l'imputazione del loro operato. – 5. La responsabilità civile conseguente a infortuni subiti dagli ausiliari dell'utilizzatore.

## 1. I robot “intelligenti” come prodotti composti pericolosi

È constatazione diffusa che i robot “intelligenti”, grazie agli enormi progressi della ricerca nella robotica e nella intelligenza artificiale (AI), hanno abbandonato da tempo la fantascienza e vanno diffondendosi nella realtà dove sollevano problemi inediti<sup>1</sup>. A di-

\* Lo scritto è destinato al liber amicorum per Alessio Zaccaria.

<sup>1</sup> Per notizie riflessioni e richiami bibliografici v. FORD, *Il dominio dei robot*, in *Il Saggiatore*, 2022; JORDAN, *Robot (Cosa sono e come funzionano le macchine intelligenti)*, Roma, 2022; KARNOUSKOS, *Symbiosis with artificial intelligence via the prism of law, robots and society*, in *Artificial intelligence and Law*, 2022, 93. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022, 96, assunto che “il mondo è popolato di milioni di robot che operano nei campi più diversi”, osserva che “la peculiarità giuridica dei robot discende dalla combinazione di due aspetti: (a) le loro capacità cognitive, che li rende capaci di svolgere con autonomia compiti complessi, anche senza controllo umano, e (b) la loro dimensione fisica, che li rende capaci di causare danni materiali anche gravi. Nella misura in cui è dotato di autonomia – prosegue l'autore – il robot stesso determina quali comportamenti adottare, in base alle sue competenze cognitive, ai compiti che gli sono assegnati e al contesto in cui opera”; CINGOLANI, *L'altra specie (Otto domande su noi e loro)*, Bologna, 2019, 13, premesso che “i robot intelligenti possono muoversi in autonomia, imparare e persino prendere delle decisioni”,

venire protagonisti si candidano quelli impiegati nella produzione di beni e servizi, perché la crescente abilità della quale vengono forniti li mette in grado di collaborare con le persone, o di sostituirle in luoghi ostili, a costi inferiori agli oneri del lavoro umano<sup>2</sup>. La fabbricazione in serie, l'immissione sul mercato globale e il largo impiego di robot per produrre beni e fornire servizi favoriscono la crescita economica, e liberano sempre più persone da impegni ripetitivi o rischiosi. Ma al contempo minacciano la salute di chi viene in contatto con i robot, reclamano precauzioni e rimedi non attingibili dal vecchio diritto, quindi sollecitano interventi regolatori a ogni livello<sup>3</sup>.

---

avverte che “riprodurre il nesso inscindibile fra corpo e mente dell'uomo e degli esseri viventi più evoluti è una sfida immensa: l'orchestrazione corpo-mente nell'umano e quella robot-intelligenza artificiale nell'umanoide sono completamente diverse. Nell'uomo, corpo e cervello sono profondamente interconnessi e sinergici; nessuno dei due ha un ruolo dominante: ciò che conta è l'armonica e perfetta coordinazione delle loro funzioni ottimizzata in tre miliardi di anni di evoluzione con un processo di adattamento reciproco, mediato dalla biochimica della vita [ormoni, metabolismo ecc.]. Nella macchina intelligente una scheda elettronica computa algoritmi complessi che generano segnali digitali; questi a loro volta comandano interruttori e amplificatori che immettono correnti elettriche nei motori del robot, mediante un processo tuttora dispendioso e rudimentale rispetto a quello biologico. Insomma i robot seguono le leggi dell'elettricità, gli esseri viventi quelle della biochimica”. Lo stesso autore ipotizza che la parte «cognitiva» venga gestita “con l'ausilio di una mente unica a cui tutti i robot saranno collegati, una sorta di repository globale dell'intelligenza delle macchine, che utilizzerà il *cloud* per conservare tutte le informazioni e le «cose imparate» dai robot, in cui ciascuna macchina potrà fare l'*upload* e il *download* delle proprie esperienze” (p. 14 s.), quindi si chiede: “il giorno in cui si avranno robot sufficientemente sofisticati e computer sufficientemente potenti, con quali regola verrà gestita l'intelligenza globale dell'altra specie, il repository globale dell'intelligenza delle macchine che diventerà il *cloud*? E chi lo gestirà? E qualora si riuscisse ad avere robot autonomamente intelligenti, cioè con un'intelligenza elevatissima, non condivisa nel *cloud* ma risiedente individualmente in ciascuna macchina (scenario davvero improbabile al momento), come verranno trattate queste entità a tutti gli effetti non biologiche ma capaci di intendere e di volere? E come ci rapporteremo noi umani, così deboli emotivamente e affamati di empatia? Cosa cercheremo in loro e quali saranno le nostre aspettative?” (p. 16). V. anche FORMICA, *Intelligenza umana e intelligenza artificiale (Un'esposizione nella Galleria della Mente)*, Bologna, 2024, 92 ss. e 131 ss.; BODEI, *Dominio e sottomissione (Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale)*, Bologna, 2019, partic. 297; CARROZZA, *I Robot e noi*, Bologna, 2017; BATTAGLIA, *Intelligenza artificiale (Dagli automi ai robot “intelligenti”)*, Torino, 2006.

<sup>2</sup> V. *The 21<sup>st</sup> Century Industrial Robot: When Tools Become Collaborators*, a cura di ALDINHAS, FERREIRA e FLETCHER, Cham, Svizzera (Springer), 2022.

<sup>3</sup> Cfr. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024; FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Napoli, 2023, 15; *Regulating Artificial Intelligence*, a cura di WISCHMEYER e RADEMACHER, Cham, Svizzera (Springer), 2020. Per orientarsi non ci si può accontentare neanche delle pur preveggenti “Leggi” di Isac Asimov. Secondo la finzione narrativa di questo autore, nel cervello computerizzato dei robot erano programmate tre “Leggi”: 1) Un robot non può recar danno agli esseri umani, né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, gli esseri umani ricevano danno. 2) Un robot deve obbedire agli ordini impartitigli dagli esseri umani, tranne nel caso che tali ordini siano in contrasto con la Prima Legge. 3) Un robot deve salvaguardare la propria esistenza purché ciò non sia in contrasto con la Prima o la seconda Legge: cfr. ASIMOV, *Visioni di robot*, Milano, 2022, 16, 427, 465. In uno dei suoi ultimi romanzi (*Robots and Empire*, 1985) Asimov

Da qualche anno le massime autorità europee, nella fisiologica dialettica interna, avvertono l'esigenza di nuove regole armonizzate che tengano conto della possibile pericolosità dei macchinari “intelligenti”, definiscano le categorie rispetto alle quali la tutela della salute umana è preminente, e dispongano a quel fine, con lo stile *soft* tipico del legislatore europeo, misure limitatrici di libertà pur fondamentali in una economia di mercato, come il diritto di impresa e la circolazione delle merci. In una prospettiva del genere non può non venire alla ribalta il bisogno di regolare l'uso dei robot, e di decidere a chi ascrivere la responsabilità degli inevitabili eventi lesivi che si verificano in tale circostanza<sup>4</sup>.

Sin dalla Risoluzione del 16 febbraio 2017 – con cui il Parlamento ha chiesto alla Commissione di proporre una Direttiva tesa a ravvicinare i diritti dei Paesi membri sulla robotica (art. 114 TFUE)<sup>5</sup> – i robot emergono come prodotti composti, risultanti dalla connessione volontaria di una componente materiale, tangibile, già di per sé complessa (macchina, veicolo, dispositivo medico, o altra cosa), con una componente immateriale, intangibile, costituita da un *software* informatico messo a servizio della prima. La connessione *ex distantibus* indispensabile per fornire di IA un manufatto individua una nuova entità che non cancella la rilevanza giuridica, sotto diversi profili, delle singole componenti; le quali, del resto, hanno di solito distinte provenienze. Questo nesso genera effetti di grande rilievo per il robot: “l'ottenimento di una più o meno elevata autonomia grazie a sensori e/o mediante lo scambio di dati con il suo ambiente (interconnettività) e lo scambio e l'analisi di tali dati; l'autoapprendimento dall'esperienza e attraverso l'interazione (criterio facoltativo)...; l'adattamento del proprio comportamento e delle proprie azioni all'ambiente” (Risoluzione cit. punto1). I peculiari effetti spiegano la speciale pericolosità dei robot<sup>6</sup>, e giustificano norme regolatrici che assegnino il debito rilievo alla “intel-

---

ha aggiunto una quarta Legge: Un robot non può recare danno all'umanità, né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, l'umanità riceva danno. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica (Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale)*, Roma, 2021, 22, propone “quattro nuove leggi della robotica”: 1. “I sistemi robotici e le AI devono essere complementari ai professionisti e non sostituirli”; 2. “I sistemi robotici e le AI non devono contraffare l'umanità”; 3. “I sistemi robotici e le AI non devono intensificare una corsa agli armamenti a somma zero”; 4. “I sistemi robotici e le AI devono sempre indicare l'identità dei loro creatori, controllori e proprietari”.

<sup>4</sup> ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale? in Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di BUZZELLI e PALAZZO, Pisa, 2022, 17; PROIETTI, *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica (attuali e futuri scenari nella politica del diritto e nella responsabilità contrattuale)*, Milano, 2020, 11; TURANO, *Robotica e roboetica: questioni e prospettive nazionali ed europee*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di ALPA, Pisa, 2020, 125; RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, *ivi*, 187.

<sup>5</sup> La Risoluzione fa seguito ai lavori della Commissione giuridica e al Rapporto del 27 gennaio 2017 redatto dalla relatrice M. Delvaux, che avanza una proposta di risoluzione del Parlamento europeo con raccomandazioni alla Commissione per introdurre “norme di diritto civile sulla robotica”.

<sup>6</sup> CINGOLANI e ANDRESCIANI, *Robots, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e delle prospettive*, in *Diritto e intelligenza artificiale cit.*, avvertono che, quali “prodotti tecnologici”,

ligenza” loro attribuita dal “cervello” comune posto in un *server* remoto. I tipi di robot che, più di ogni altro, hanno richiamato l’attenzione del Parlamento – visti la superiore importanza dei rispettivi impieghi e il grado di pericolosità che presentano – sono mezzi di trasporto autonomi, droni, apparecchi a fini assistenziali, dispositivi medici, protesi robotiche (Risoluzione cit., punti 24 e seguenti).

Dell’atto del 2017 vanno posti in risalto anche: (a) l’appello alla urgenza che le discipline giuridiche siano integrate “da principi etici di orientamento che riflettano la complessità della robotica e delle sue numerose implicazioni sociali, mediche, bioetiche”; e (b) l’idea di suggerire “una carta contenente un codice di condotta per gli ingegneri robotici, un codice per i comitati etici di ricerca relativo al loro lavoro di revisione dei protocolli di robotica e modelli di licenze per progettisti e utenti” (*ivi*, punto 11)<sup>7</sup>. Il motivo di un così massiccio appello all’etica risiede nel riconoscimento non solo della inadeguatezza del diritto a fronteggiare i problemi e i rischi posti dalla robotica – in parte ignoti – ma anche della convenienza a rimediarsi dando ingresso nella giuridicità a valori sociali che vi sono ancora estranei<sup>8</sup>. L’integrazione tramite l’etica non basta a completare alcuna di-

---

i robot “vanno progettati usando processi che devono garantire la sicurezza all’utente” (p. 37), in quanto “lo sviluppo e l’uso dei sistemi intelligenti capaci di apprendere e migliorare sé stessi comportano rischi considerevoli, soprattutto in caso di cattivo uso o di erronea progettazione”, e, “man mano che l’esperienza e l’apprendimento del sistema crescono, alcuni comportamenti impreveduti o non intenzionali possono assumere un grado di pericolosità crescente e diventare difficili da correggere” (p. 53).

<sup>7</sup> Osserva CINGOLANI, *op. cit.*, 122, che “il problema etico non sta nell’evitare di fare male alla macchina, sta piuttosto nel suo utilizzo corretto, in modo che la macchina non faccia male a noi. E’ quindi una questione che invariabilmente ritorna all’utilizzatore, cioè all’uomo che la usa e la addestra”. Cfr., anche per i dovuti richiami, TOTH, CARUANA, GRUBER, LOEBBECKE, *The Dawn of the IA Robots: Towards a New Framework of AI Robots Accountability*, in *Journal of Business Ethics*, 2022, 895; *Robotics, AI, and Humanity (Science, Ethics, and Policy)*, a cura di VON BRAUN, ARCHER, REICHERG, SANCHEZ SORONDO, Cham, Svizzera (Springer), 2021; HARRIS, ANTHIS, *The Moral Consideration of Artificial Entities: A Literature Review*, in *Science and Engineering Ethics*, 2021, 53; CINGOLANI e ANDRESCIANI, *op. cit.*, 45 ss; A. BENSOUSSAN, J. BENSOUSSAN, *IA, robots et droit*, Bruxelles, 2019, 109, 445; LEBEN, *Ethics for Robots (How to Design a Moral Algorithm)*, London New York, 2019; GUNKEL, *The Machine Question (Critical Perspectives on AI, Robots and Ethics)*, Cambridge London, 2017; FLORIDI, SANDERS, *On the morality of artificial agents*, in *Minds and Machines*, 2004, 349.

<sup>8</sup> Cfr. FAZIO, *op. cit.*, 8; FALZEA, *Etica e diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, III (scritti d’occasione)*, Milano, 2010, 329, spiega le ragioni del ricorso alle norme etiche con la domanda di giustizia che si pone nelle due possibili evenienze dell’assenza o della presenza di norme giuridiche; a suo avviso: “La domanda di giustizia rivolta all’etica in assenza di una risposta del diritto positivo ha il suo fondamento nella necessità che tutte le domande sociali, in quanto pongono problemi rilevanti per la società, ottengano una risposta regolatrice e nella constatazione che questa risposta non si può conseguire, per il tipo di novità che accompagna la domanda, con gli strumenti ordinari previsti dalla stessa legge per colmare le lacune del proprio sistema normativo. La domanda di giustizia all’etica in presenza di una risposta del diritto positivo è legittimata soltanto dalla non conformità del diritto positivo ai principi inderogabili dell’etica sociale e dal conseguente suo atteggiarsi come diritto ingiusto” (p. 343).

sciplina giuridica; ma deve far acquisire agli studiosi piena coscienza delle loro responsabilità nel ricostruire qualsiasi istituto – e ciò vale tanto per la robotica quanto per la IA – tenendo conto dei valori extragiuridici che vi sono implicati.

Il 20 ottobre 2020 il Parlamento, a riprova della sollecitudine europea a proteggere uomini e cose rispetto ai molteplici impieghi della IA, ha approvato un'altra Risoluzione con cui ha chiesto alla Commissione di proporre un Regolamento “sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale” (2020/2014 [INL], punto 7)<sup>9</sup>.

Sin dalle prime iniziative della UE si manifesta la consapevolezza che l'autonomia, la predisposizione all'autoapprendimento e la capacità di manipolare oggetti nonché di muoversi nello spazio adattandosi alle circostanze giustificano il fine di attribuire almeno ad alcuni robot una speciale condizione giuridica. Emerge tuttavia pure la coscienza che essi meritano di venire qualificati dal punto di vista del diritto non come soggetti, titolari di poteri e doveri, ma come beni che a vario titolo spettano a qualcuno e vengono adibiti a certi impieghi<sup>10</sup>. Nella Risoluzione del 2017 era incluso un invito alla Commis-

<sup>9</sup> Cfr. CASTETS-RENARD, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, Bruxelles, , 2020, 331.

<sup>10</sup> V. BERTOLINI, *Artificial Intelligence does not exist! Defying the technology-neutrality narrative in the regulation of civil liability for advanced technologies*, in *Europa dir. priv.*, 2022, 377 ss.; ID., *Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Application and Liability Rules*, in *Law Innovation and Technology*, 2013, 214; TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni (Prospettive civilistiche)*, Padova, 2022, 37; FAZIO, *op. cit.*, 158. Con chi dubita della inquadrabilità dei robot nella categoria giuridica dei beni può convenirsi in ciò che si tratta di un inquadramento ai confini con altre categorie; ma la circostanza non è isolata né può sorprendere: GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. Cicu Messineo Mengoni Schlesinger*, Milano, 2012, 173, nota: “le categorie giuridiche presentano bordi sfumati sui quali si collocano oggetti di difficile classificazione. Ciò dipende dal dato di fatto per cui le discipline giuridiche sono in continuo divenire altro da ciò che sono attualmente”; e così prosegue: “le situazioni che si pongono sulla frontiera debbono quindi essere analizzate essenzialmente in una prospettiva dinamica che colga le linee di tendenza più che il loro modo di essere nel momento in cui sono studiate”. Sulla natura giuridica dei robot v. RUFFOLO, *La personalità elettronica tra “doveri” e “diritti” della machina*, in *XXVI Lezioni di Diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di RUFFOLO, Torino, 2021, 115; CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot? In Diritto e intelligenza artificiale cit.*, 213; BERTI SUMAN, *Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot?*, *ivi*, 251; ABBOTT, *The Reasonable Robot (Artificial Intelligence and the Law)*, Cambridge, 2020, 4; CHESTERMAN, *Artificial Intelligence and the limits of legal personality*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, 819; A. BENSOUSSAN, J. BENSOUSSAN, *IA robot et droit*, *cit.*, 139 , part. 152 ss.; TURNER, *op. cit.*, 173. La soggettività giuridica “piena” dei robot intelligenti è esclusa da TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? (Sullo status privatistico degli agenti software autonomi)*, a cura di FEMIA, Napoli, 2019, 27, che prospetta però l'ipotesi di riconoscergli una capacità “parziale” presupponendo che il diritto consenta la “frammentazione” della soggettività (dello stesso autore v. anche *Ibridi e attanti [Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto]*, Milano Udine, 2015, 34 s.); nel senso che “a restricted form of personhood for robots in the civil law field, such as the digital peculium, makes sense. This is a pragmatic way to strike a balance between the interests of robots' counterparties in that both contractual and extra-contractual obligations be met, and the claim of users or owners of such robots not to be financially ruined by the decisions of their machines” v. PAGALLO, *The Laws of Robots (Crimes, Contracts, and Torts)*, Cham, Svizzera (Springer), 2013162, ss; ad avviso dell'autore, “for the foreseeable future, it

sione “a esplorare, esaminare e valutare, nell’ambito della valutazione di impatto del suo futuro strumento legislativo, le implicazioni di tutte le soluzioni giuridiche possibili, tra cui...l’istituzione di uno *status* giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi” (punto 59, lett. f)<sup>11</sup>. Tuttavia in quell’atto l’invito era affacciato in modo perplesso; e vi si ipotizzava che, nel definire lo *status* giuridico dei robot, le qualifiche di “persona elettronica” e “personalità elettronica” potessero valere limitatamente alla responsabilità per danni a terzi. Questa lettura restrittiva del passo riferito è supportata dalla convinzione, più volte espressa dal Parlamento, che “è necessario un approccio antropocentrico all’IA, conforme ai principi etici e ai diritti umani, affinché la tecnologia resti uno strumento al servizio della persona e del bene comune”<sup>12</sup>.

In effetti, scontata l’odierna ininfluenza, nei Paesi civili, del possesso o meno di capacità di intendere e di volere da parte di un ente individuale o metaindividuale ai fini della sua soggettivazione giuridica, trattare i robot o altri congegni analoghi forniti di IA – in specie quelli cui vengono resi connotati umanoidi – come soggetti portatori di interessi equiparabili o anche solo accostabili a quelli umani (quindi destinatari di diritti funzionali alla loro tutela) sarebbe ingiustificato e fuorviante, sebbene non sia del tutto estraneo ad alcuni ordinamenti<sup>13</sup>: ingiustificato, perché l’asserita capacità di agire dei robot, essendo dovuta all’opera dell’uomo, sarebbe assai diversa da quella degli esseri umani (che si fonda sulla naturale capacità di intendere e di volere delle persone), e comunque il contenuto primario della soggettività giuridica non risiede nella capacità

---

*is thus likely that the independent personhood of robots will not be on the legal agenda. Although Sci-Fi approaches to the laws of robot often represent a fruitful way to address some legal challenges of this technology... it is more than likely that the dependent, rather than independent personhood of robots, much as novel forms of responsibility for the behavior of other in tort law, will have priority for pragmatic reasons”* (p. 165). Cfr. anche ARNOLD, KIRCHMEFER-LAUBER, *Rechtlicher Anthropozentrismus und Kunstliche Intelligenz*, in *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, 2024, 265.

<sup>11</sup> Su questa ipotesi v. BRYSON, DIAMANTIS, GRANT, *Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2017, (25), 273.

<sup>12</sup> Considerando E della Risoluzione del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà industriale (2020/2015 [INI]).

<sup>13</sup> KERIKMÄ, MÜÜRSEPP, MART PIHL, HAMUL’ÄK, KOCHARYAN, *Legal Person - or Agenthood of Artificial Intelligence Technologies*, in *Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum*, 2020, 73, partic. 76, riportano i casi di due robot androidi – “Sofia” creato a Hong Kong dalla società *Hanson Robotics*, al quale l’anno successivo ha concesso la cittadinanza l’Arabia Saudita, e “Nadine”, realizzato a Singapore dalla *Nanyang Technological University* – e dei *software* VITAL, ideato dalla società *Deep Knowledge Ventures* che lo ha incluso fra i membri del suo consiglio di amministrazione, e “Alicia T”, prodotto dalla società finlandese *Tieto*.

di agire<sup>14</sup>; fuorviante, perché svierebbe il legislatore dal compito di tutelare non i robot, ma i valori e gli interessi evidenziati dalla loro fabbricazione, dalla loro circolazione e dal loro impiego, che fanno capo pur sempre a soggetti umani (individuali o metaindividuali). Inoltre, se in un futuro più o meno prossimo il legislatore europeo potrebbe anche rivedere questo atteggiamento, la distinta soggettività di quei prodotti presenterebbe il rischio di venir strumentalizzata per esentare da doveri e responsabilità chi dovrebbe esserne investito. Né converrebbe definire la condizione legale dei robot utilizzando qualifiche molto problematiche come quella di personalità parziale<sup>15</sup>, oppure riconoscendo loro una capacità *sui generis* sganciata dalla soggettività giuridica.

Proteggere la salute umana è l'obiettivo preminente che da alcuni decenni il legislatore europeo persegue di fronte alla fabbricazione in serie, alla immissione nel mercato e all'uso di prodotti ritenuti pericolosi. La tutela è rimessa a discipline proprie di specifici tipi (contenute in Direttive o in Regolamenti), e a un blocco di norme a carattere generale – detto anche “orizzontale” – oggi frutto del Regolamento UE 2023/988 del 10 maggio 2023, che ha sostituito la Direttiva 95/2001 (le cui norme di recepimento in Italia erano state trasfuse negli artt. 102 e segg. del “codice del consumo”: d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Fra le norme a carattere generale vengono in primo piano anche quelle incluse nel Regolamento (UE) 2019/1020, sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti alla normativa di armonizzazione europea.

Nel quadro che precede si colloca la disciplina relativa alla componente tangibile dei robot in quanto di per sé pericolosa. E su di esso è destinata inserirsi, vista la loro componente intangibile, pure la “legge sulla intelligenza artificiale” del 13 giugno 2024 (Regolamento [UE] 2024/1689, la cui efficacia è differita al 2 agosto 2026, con l'eccezione di alcune parti applicabili sin dal 2025)<sup>16</sup>; che inciderà sulla disciplina riguardante la fabbricazione, la circolazione e l'impiego dei robot provvisti di IA (nel medesimo ordine di idee del Regolamento europeo si pone il recente Disegno di legge presentato dal Governo al Senato [n. 1546] che contiene “Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale”). L'atto persegue scopi in parte comuni alle normative sulla sicurezza dei prodotti perché – muovendo dalla constatazione che i sistemi di IA possono consistere in prodotti (intellettuali) o in componenti della sicurezza di altri prodotti, oppure collegarsi a essi – tende a garantire “un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali... contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione” (art. 1, par. 1). Lo stesso Regolamento “lascia impregiudicate” le norme stabilite in materia di

<sup>14</sup> Sulla nozione di soggettività giuridica, e sui rapporti di questa con le nozioni di capacità giuridica e di capacità di agire, v. FALZEA, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 8; ZATTI, *Capacità*, in BELVEDERE, GUASTINI, I ZATTI, I ZENO, ZENCOVICH, *Glossario*, nel *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 1994, 62; ID., *Soggetto*, *ivi*, 384.

<sup>15</sup> Sulla possibile “relatività” delle nozioni di soggettività e capacità giuridica v. ZATTI, *op. cit.*, 389.

<sup>16</sup> Cfr. NIKOLINAKOS, *EU Policy and Legal Framework for Intelligence, Robotics and Related Technologies – The AI Act*, Cham, Svizzera (Springer), 2024.

protezione dei consumatori e di sicurezza (art. 2, par. 9); quindi in linea di principio è volto a coesistere con esse. Ed è applicabile ai robot “intelligenti” riconducendosi la loro parte informatica all’ampio concetto giuridico di “sistema di IA”, opera dell’ingegno consistente in un “sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall’*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali” (art. 3, n. 1). Nel considerando 47 del Regolamento – dopo la sottolineatura dell’importanza che “i rischi per la sicurezza che un prodotto nel suo insieme può generare a causa dei suoi componenti digitali, compresi i sistemi di IA, siano debitamente prevenuti e attenuati” – si avverte che “i robot sempre più autonomi, sia nel contesto della produzione sia in quello della cura e dell’assistenza alle persone, dovrebbero essere in misura di operare e svolgere le loro funzioni in condizioni di sicurezza in ambienti complessi”. Si dichiara dunque il Regolamento applicabile anche “ai fabbricanti di prodotti che immettono sul mercato o mettono in servizio un sistema di IA insieme al loro prodotto e con il loro nome o marchio” (art. 2, par. 1, lett. e).

Il testo, per consentire ai sistemi di IA di raggiungere i loro obiettivi evitando, o almeno riducendo, i danni che ne possono derivare, introduce: *a*) norme per l’immissione sul mercato, la messa in sicurezza e l’uso dei sistemi di IA nell’Unione; *b*) divieti di talune pratiche di IA; *c*) requisiti specifici per i sistemi di IA “ad alto rischio” e obblighi per gli operatori di tali sistemi; *d*) regole di trasparenza per determinati sistemi di IA; *e*) norme per l’immissione sul mercato di modelli di IA per finalità generali; *f*) regole in materia di armonizzazione del mercato, vigilanza del mercato, *governance* ed esecuzione (art. 2, par. 1, lett. e). Un sistema di IA si ritiene “ad alto rischio” – e per esso si prescrivono dunque requisiti specifici – quando (*a*) è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o il sistema di IA è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell’Unione riferita nell’allegato I al Regolamento<sup>17</sup>, e (*b*) il prodotto il cui componente di sicurezza è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell’immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell’Unione... (art. 6, par. 1; nel par. 2 si precisa che si considerano “ad

<sup>17</sup> Invero in tale allegato non esiste una particolare normativa armonizzata che consideri i sistemi di IA come prodotti a sé stanti; esistono normative concernenti diversi prodotti previsti da normative armonizzate ai quali sistemi di IA possono collegarsi (o rispetto ai quali un sistema di IA può essere utilizzato come componente di sicurezza), a prescindere dalla evenienza che i sistemi di IA vengano immessi nel mercato insieme a quei prodotti oppure in modo indipendente da essi. Vero è però che diverse disposizioni del Regolamento 2024/1689 trattano i sistemi di IA come prodotti intellettuali provvisti di certi requisiti, destinati al mercato e suscettibili di essere fruiti isolatamente o in connessione con altri prodotti; in esse non esiste traccia che possa far pensare alla configurabilità di tali sistemi come soggetti di diritto: cfr. BOCCHINI, *La regolazione giuridica dell’intelligenza artificiale*, Torino, 2024, 50.

alto rischio” anche i sistemi di IA inclusi nell’allegato III, salve le eccezioni di cui al par. 3)<sup>18</sup>. “Ad alto rischio” può essere pure un sistema connesso con robot.

Merita qui di essere sottolineato il consolidarsi della tendenza europea a uniformare la tutela giuridica della sicurezza dei prodotti e dei sistemi di IA tramite Regolamenti piuttosto che Direttive; ciò per evitare la frammentazione della disciplina, e porre norme direttamente applicabili nei Paesi membri in ordine a un fine ritenuto di primario rilievo europeo. Va segnalato inoltre il disegno di disporre una applicazione graduale delle novità normative considerando, da un verso, l’efficacia diretta dei Regolamenti e, dall’altro, i tempi che giovano ai Paesi membri per istituire i previsti organismi di vigilanza, e agli operatori economici per adattare le rispettive attività alle innovazioni. Del differimento potranno giovare anche i giuristi nella loro opera di tessitura del sistema dopo atti normativi di così grande impatto che reclamano meditate risposte ai nuovi problemi giuridici. La cautela europea è tanto più apprezzabile alla luce delle resistenze che il ricorso alla fonte regolamentare incontra con riguardo alla disciplina della responsabilità civile: resistenze che hanno portato la Commissione il 28 settembre 2022 a redigere una coppia di proposte di Direttive al duplice scopo di rivedere le norme generali sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, e di adeguare le norme sulla responsabilità extracontrattuale per danni dovuti a prodotti o servizi basati sulla IA (rispettivamente COM [2022] 495 *final*, e COM [2022] 496 *final*) (v. *infra* il par. 5).

La tendenziale soggezione dei robot “intelligenti” sia alla disciplina dei congegni fisici dai quali sono volta a volta costituiti, sia a quella dei sistemi di IA che ad essi si riconnettono comporta la necessità che le due discipline vengano coordinate. Il diritto che ne risulta non è etichettabile in modo esaustivo come “diritto civile”, perché si fa carico della garanzia degli interessi in campo anche con regole pubblicistiche; e, innestandosi nell’ordinamento dei singoli Paesi, vi apporta modifiche profonde. Ardue sfide si presentano davanti alle pubbliche autorità. Ma molto devono fare pure gli uomini di scienza, in primo luogo i giuristi; che, di fronte alla inadeguatezza del diritto codificato e alla mancanza di uno nuovo, non esitano a esprimere personali valutazioni e a prospettare le tesi più diverse – giovandosi anche delle proposte avanzate dai massimi organi legislativi – e consigliano di elaborare categorie originali visto che quelle note, fondate su altre realtà, si mostrano inadeguate ad accogliere fenomeni giuridici che vi erano estranei<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. NIKOLINAKOS, *op. cit.*, 412 ss; PROIETTI, *Definire l’indefinibile? I sistemi di intelligenza artificiale alla ricerca di un inquadramento sistematico*, in *Contratto e impr.*, 2024, 882 ss., partic. 915 ss.

<sup>19</sup> Cfr. A. BENSOUSSAN, J. BENSOUSSAN, *IA, robots et droit*, cit.; FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata?*, in *N.G.C.C.*, 2020, 1344; Turner, *Robot Rules (Regulating Artificial Intelligence)*, London, 2019; *Comparative handbook: robotic technologies law*, a cura di A. BENSOUSSAN, BRUXELLES, 2016; *Robot Law*, a cura di CALO, FROOMKIN, KERR, Cheltenham-Northampton, 2016; PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ.*, 2016, 1815; PAGALLO, SANTOSUOSSO, BOSCARATO, CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *N.G.C.C.*, 2012, II, 494.

Sarebbe un azzardo però cercar di costruire per i robot un regime rigidamente uniforme, quindi un concetto generale unitario, che rischierebbe di omologare sul piano del diritto le diverse specie. Pertanto nelle pagine che seguono si guarderà solo ai robot la cui componente materiale è il mezzo più comune impiegato nella produzione in serie di altri beni o di servizi, cioè una “macchina”, ai sensi del Regolamento 2023/1230 del 14 giugno 2023 (applicabile dal 14 gennaio 2027 – così da lasciar in vigore sino a tale giorno la Direttiva 2006/42/CE, recepita in Italia con il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 17 – salva l’applicazione anticipata di alcune norme: art. 54). Il Regolamento muove dalla definizione di “macchina” accolta nella Direttiva: l’”insieme equipaggiato o destinato a essere equipaggiato di un sistema di azionamento diverso dalla forza umana o animale diretta, composto di parti o di componenti di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente per un’applicazione ben determinata” (art. 3, n. 1, lett. a); e vi include anche la macchina alla quale “manca soltanto il caricamento del *software* destinato alla applicazione specifica prevista dal fabbricante” (art. 3, n. 1)<sup>20</sup>. La componente immateriale dei robot in esame, cioè l’”intelligenza” loro attribuita, è invece un sistema di IA, ai sensi del Regolamento 2024/1689.

La natura composita di questi nuovi beni pericolosi, e il loro sempre più largo impiego per fabbricarne degli altri o fornire servizi, legittimano la tendenziale applicabilità alla produzione e all’utilizzo di essi tanto del Regolamento sulle macchine quanto di quello sulla IA. Ciò permetterà di tutelare (avverso i rischi cui fanno fronte i due atti normativi, e a partire dai tempi della loro applicabilità) non i soli utilizzatori dei robot, ma chiunque sia esposto ai pericoli che presentano la fabbricazione, la circolazione e l’impiego di questi ultimi. Il Regolamento 2023/1230 non si limita a proteggere i consumatori o gli utenti dei prodotti che prevede (come fa la disciplina generale oggi racchiusa nel Regolamento 2023/988); si spinge fino a tutelare gli animali domestici e altri beni, compreso l’ambiente (art. 1). Da parte sua, il Regolamento 2024/1689 è diretto a proteggere (contro

<sup>20</sup> Per maggiori precisazioni sul concetto di macchina, ai sensi del Regolamento 2023/1230, v. le lett. b, c, d, ed e dell’art. 3 n. 1; sulle sue differenze da quello di quasi-macchina v. il n. 10 del medesimo art. 3, dove si fa riferimento a “un insieme che non costituisce ancora una macchina in quanto, da solo, non è in grado di eseguire un’applicazione specifica e che è soltanto destinato a essere incorporato o assemblato ad altre macchine o ad altre quasi-macchine o apparecchi per costituire una macchina”. Sulla ricorrente presenza di una macchina nei robot dotati di IA v. SARTOR, *op. cit.*, 12, che identifica tre categorie principali: i robot “manipolatori”, i robot “mobili”, e i robot “manipolatori mobili”. CINGOLANI e ANDRESCIANI, *Robots, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e delle prospettive*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 23, segnalano la necessità di distinguere “fra due grandi tipologie di macchine: le macchine dotate di un corpo (*embodied*) e quelle che non ce l’hanno (*non-embodied*)”, e di verificare “se le macchine, sia *embodied* che *non-embodied*, siano dotate di qualche forma di intelligenza artificiale (cioè se siano *stupide* o *intelligenti*)”: infatti, “le macchine *embodied*, dotate di corpo, sono in grado di attuare movimenti e di produrre lavoro fisico”, invece “i prodotti tecnologici *non-embodied* non sono in grado di compiere lavoro o di fare movimenti, e fanno parte di quelle tecnologie comunemente chiamate digitali che vanno dalle telecomunicazioni all’intelligenza artificiale”.

i rischi derivanti dai sistemi di IA) la salute e i diritti fondamentali di qualunque persona (art. 1, par. 1). La vasta portata di entrambe queste fonti e l'utilizzo dei robot in esame a fini produttivi lasciano sullo sfondo della disciplina che li concerne le norme generali rivolte a garantire i diritti dei consumatori e degli utenti. Non può certo escludersi la possibilità che al verificarsi di danni conseguenti all'utilizzo dei robot vengano in gioco le norme sulla responsabilità per danni da prodotti difettosi; ma la loro funzione non è più circoscritta alla tutela di consumatori e utenti (v. *infra* par. 5).

La convergenza delle anzidette normative europee nella regolazione delle vicende riguardanti le macchine “intelligenti” utilizzate a livello professionale, e il bisogno di idonei criteri coordinatori sono avvertiti nel Regolamento 2023/1230; dove si registra la presenza nel mercato di “macchine più avanzate, meno dipendenti dagli operatori umani” che, pur lavorando a compiti definiti e in ambienti strutturati, “possono imparare a svolgere azioni nuove in tale contesto e diventare più autonome”; e si afferma che il medesimo atto normativo “dovrebbe disciplinare i rischi di sicurezza derivanti da nuove tecnologie digitali” (considerando 12). In modo più esplicito nel Regolamento 2024/1689 si prevede l'ipotesi di prodotti pericolosi provvisti di IA, che debbano quindi possedere sia i requisiti fissati per tali prodotti da altre norme di armonizzazione sia quelli prescritti per i sistemi di IA nel medesimo Regolamento (art. 8, par. 2).

## 2. Misure di sicurezza anteriori alla “messa a disposizione” dei robot nel mercato

Nell'ottica europea, la garanzia della sicurezza dei prodotti (o almeno della riduzione della loro pericolosità) ruota attorno a quattro assi: 1) un apparato di norme volte a stabilire le condizioni necessarie affinché i prodotti possano essere posti in commercio senza troppi rischi per chi li utilizzerà, derivanti da Direttive o Regolamenti che fissano requisiti essenziali di sicurezza (quelle norme si differenziano quindi dalle regole poste dagli organismi di normazione – armonizzate o non armonizzate a livello europeo – che pur contribuiscono alla sicurezza, o alla minore pericolosità, dei prodotti ma non sono vincolanti per chi li fabbrica); 2) il rilascio di una dichiarazione del fabbricante che attesti la conformità dei prodotti a quelle norme, e/o di una certificazione in tal senso resa da un terzo accreditato; 3) il coinvolgimento dei fabbricanti, degli importatori (nella UE) e dei distributori nel contrastare il commercio di prodotti pericolosi; 4) l'investitura di autorità nazionali nel compito di impedire non solo che cose del genere vengano vendute ma pure che, se messe in commercio, vi rimangano<sup>21</sup>. Nel contesto che precede si inserisce

<sup>21</sup> Cfr. BASILE, *Sicurezza dei prodotti industriali e diritto dei contratti*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, 271; AL MUREDEN, *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore: casi e materiali*, Torino, 2017, 3; BELLISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 841.

la garanzia della sicurezza – o almeno della minore pericolosità – delle macchine “intelligenti” a fini di tutela della salute umana.

La garanzia è rimessa, in primo luogo, alla soggezione delle loro diverse componenti a norme sulla progettazione e sulla realizzazione: norme tese, oltre che a promuovere la lealtà degli scambi e a evitare distorsioni della concorrenza, a prevenire danni nell’uso dei prodotti. Si tratta quindi di regole che attengono allo stadio antecedente alla distribuzione di quei beni sul mercato, o alla loro diretta messa in servizio. In evidenza vengono, in breve, le norme che stabiliscono i requisiti necessari delle macchine cui i sistemi di IA si collegano, e dei sistemi stessi.

Il bisogno che le macchine abbiano “requisiti essenziali di sicurezza” è riconosciuto nell’art. 8 Regolamento 2023/1230. La loro determinazione si trova nell’allegato III, dove si sanciscono l’obbligo di individuarli e valutare i rischi delle macchine, nonché l’obbligo di farle progettare e costruire così da eliminarli o almeno ridurli al minimo (punto 1). Nel medesimo allegato sono stabilite regole specifiche per le macchine connesse a *software* che ne permettano il funzionamento.

I requisiti di progettazione e sviluppo dei sistemi di IA ad alto rischio, *ex art.* 6, par. 1, Regolamento 2024/1689, sono codificati nel Capo III, sezione 2, del Regolamento stesso (art. 8 e segg.). In sintesi, prima della immissione nel mercato, ogni sistema deve essere sottoposto a prova per individuare le appropriate misure di gestione dei rischi (art. 9); se prevede l’uso di dati, deve essere sviluppato sulla base di *set* di dati di addestramento convalida e prova (art. 10); deve poter consentire la registrazione automatica degli eventi per la durata del ciclo di vita del sistema (art. 12); deve essere trasparente e provvisto di istruzioni per l’uso comprensive delle necessarie informazioni (art. 13; sull’obbligo di trasparenza concernente i sistemi che devono interagire con le persone fisiche v. pure l’art. 50); deve poter essere sorvegliato (art. 14); deve attingere un congruo livello di accuratezza robustezza e cibersicurezza durante il ciclo di vita dei sistemi (art. 15). Quelli che proseguono l’apprendimento dopo essere stati posti sul mercato, o messi in servizio, devono essere sviluppati “in modo tale da eliminare o ridurre il più possibile il rischio di *output* potenzialmente distorti che influenzano gli *input* per operazioni future...e garantire che tali circuiti di *feedback* siano oggetto di adeguate misure di attenuazione” (art. 15, par. 4)<sup>22</sup>.

Assicurare che una macchina abbia i prescritti requisiti grava sul suo fabbricante (art. 10 Regolamento 2023/1230). Fare in modo che un sistema di IA sia progettato e sviluppato così da acquisire i necessari requisiti grava invece sul suo “fornitore” (art. 8 Regolamento 2024/1689): è tale chi sviluppa o fa sviluppare il sistema di IA e lo colloca sul mercato – o lo mette direttamente in servizio – con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito (art. 3, par. 1, n. 3, Regolamento 2024/1689). I fornitori rispondono della sicurezza anche quando i sistemi sono connessi a macchine, come nel caso dei robot: infatti, se un prodotto oggetto di normativa armonizzata (qual è una macchina) contiene

<sup>22</sup> Cfr. NIKOLINAKOS, *op. cit.*, 445 ss.

un sistema di IA dotato dei requisiti stabiliti nel Regolamento 2024/1689, il fornitore di tale sistema deve assicurare che il prodotto sia “pienamente conforme” a tutti i requisiti previsti (art. 8, par. 2, Regolamento 2024/1689). L’osservanza delle norme che li prevedono fa presumere la sicurezza dell’*hardware* e del *software* che compongono un robot (art. 20 Regolamento 2023/1230; art. 42 Regolamento 2024/1689), quindi, può dirsi in maniera sintetica, la sicurezza del robot.

La conformità di ciascuna delle componenti di questo alle norme sui prescritti requisiti deve essere attestata da esplicite dichiarazioni in tal senso rese, sotto la rispettiva responsabilità, dal fabbricante della macchina (art. 21 Regolamento 2023/1230), e dal fornitore del sistema di IA (art. 47 Regolamento 2024/1689). Nel Regolamento 2023/1230 si prevede pure il caso che alla macchina si applichino più normative europee che esigano una dichiarazione di conformità; e si stabilisce che in tal caso “è compilata un’unica dichiarazione di conformità” (art. 21, par. 3). Allo stesso modo, nel Regolamento 2024/1689 si avanza l’ipotesi di sistemi di IA soggetti a più normative che richiedano dichiarazioni di conformità, e si dice che allora “è redatta un’unica dichiarazione di conformità UE in relazione a tutte le normative dell’Unione applicabili” (art. 47, par. 3). Non è chiaro però se possa o debba farsi una sola dichiarazione di conformità nel caso della coesistenza di più componenti soggette a normative di armonizzazione in un unico prodotto.

Dimostrare la conformità delle macchine e dei sistemi di IA alle norme sui prescritti requisiti di sicurezza è rimesso ad accertamenti e valutazioni affidati a specifiche Autorità, da eseguire in procedure che devono essere messe in moto dai fabbricanti delle macchine e dai fornitori dei sistemi (per le macchine v. gli artt. 25 e segg. Regolamento 2023/1230; per i sistemi di IA v. gli artt. 43 e segg. Regolamento 2024/1689). Rispetto ai robot, quali beni composti da una macchina e da un sistema di IA, va tenuto conto però delle specifiche norme introdotte nel Regolamento 2024/1689 al fine di evitare duplicazioni procedurali e possibili divergenze valutative nei casi di sistemi di IA collegati a prodotti oggetto di normative di armonizzazione (cfr. il considerando 124 di tale Regolamento). A quel fine si affida al fornitore del sistema il compito di seguire le procedure di valutazione previste per il prodotto al quale il sistema è collegato; ma si precisa che nelle medesime procedure devono valutarsi anche i rischi dei sistemi previsti dal Regolamento 2024/1689; e si aggiunge che, se le normative di armonizzazione permettano al fabbricante del prodotto di sottrarsi alla procedura di valutazione, quest’ultima può omettersi solo se il fabbricante stesso ha applicato le regole sulla sicurezza relative al sistema di IA collegato al prodotto (art. 43, par. 3, comma 3, Regolamento 2024/1689).

La procedura di valutazione della conformità delle componenti dei robot alle norme sulla sicurezza è inderogabile. Vero è infatti che rispetto ai sistemi di IA sono ammesse in via eccezionale alcune deroghe (art. 46); ma nei casi di sistemi relativi a prodotti oggetto di normative armonizzate sono consentite solo le deroghe previste in queste normative (art. 46, par. 7), e in ordine alle macchine il Regolamento 2023/1230 non prevede deroghe alla procedura di valutazione.

A garanzia della sicurezza – o almeno della minore pericolosità – di un robot prima che venga distribuito sul mercato (o messo in servizio) gravano inoltre sul fabbricante della macchina e sul fornitore del sistema di IA diversi obblighi accessori: la registrazio-

ne dei rispettivi segni di identificazione, la custodia della documentazione tecnica, l'apposizione della marcatura CE sui prodotti, e così via (art. 10 Regolamento 2023/1230; art. 47 Regolamento 2024/1689). Però “al fine di garantire la coerenza, evitare duplicazioni e ridurre al minimo gli oneri aggiuntivi”, il fornitore può integrare i processi di prova e di comunicazione, nonché le informazioni e la documentazione che fornisce, nella documentazione e nelle procedure richieste, con riguardo alla macchina, in conformità alla normativa di armonizzazione (art. 8, par. 2, Regolamento 2024/1689). L'inosservanza degli obblighi che precedono determina una semplice “non conformità formale” della macchina o del sistema di IA (art. 46 Regolamento 2023/1230; art. 83 Regolamento 2024/1689).

Il rispetto o meno degli obblighi derivanti dalle norme sui requisiti di sicurezza dell'*hardware* e del *software* di un robot assume rilievo anzitutto all'atto della distribuzione del nuovo bene.

### 3. I robot nel mercato

I robot possono essere posti in commercio e circolare tramite atti dispositivi congegnati in uno dei vari modi consentiti dalla libertà contrattuale. Muovendo dal presupposto che a fabbricare e mettere sul mercato le componenti materiali dei robot sono soggetti diversi da chi li fornisce di IA, sembra inevitabile che l'operazione economica si realizzi attraverso distinti negozi collegati, vale a dire attraverso la vendita della macchina – da parte del fabbricante – e la concessione all'acquirente – da parte del fornitore del sistema informatico – della licenza d'uso che permetta alla macchina di operare. Il contenuto di entrambi i contratti, e dei conseguenti rapporti, in ampia misura dipende dalla autonomia riconosciuta alle parti. La vendita e la licenza sono collegate nel senso che l'una riposa sulla validità, sulla efficacia e sulla attuazione dell'altra<sup>23</sup>; e ciò a prescindere dalla eventualità che fabbricanti e fornitori convengano di installare il *software* sulle macchine preventivamente<sup>24</sup>.

Lo scambio di robot dietro corrispettivo rientra nella sfera di influenza del diritto europeo. Questo, pur sancendo la libera circolazione delle macchine (art. 4 Regolamento 2023/1230) e favorendo la diffusione della IA (art. 1 Regolamento 2024/1689), si preoccupa della presenza nel mercato di macchine e di sistemi di IA quanto più è possibile sicuri

<sup>23</sup> Sul rapporto fra vendita di un *personal computer* e licenza dell'uso del sistema operativo v. SAMMARCO, *Hardware e software preinstallato: profili di collegamento negoziale*, in *D. inf. e informatica*, 2015, 355, e LENER, *La “vendita” di hardware e software tra unità e pluralità di contratti*, in *F. it.*, 2014, I, 3468, in senso critico verso la tendenza di Cass. 7 marzo 2016, n. 4390, ined.; Cass. 11 settembre 2014, n. 19161, ined.; Cass. 15 giugno 2000, n. 4390, secondo la quale, essendo *hardware* e *software* beni distinti, un collegamento giuridico fra gli atti con cui se ne dispone è prospettabile solo se si prova la volontà delle parti di compiere un'unica operazione complessa.

<sup>24</sup> Nel senso che in linea di principio non viola il divieto di pratiche commerciali scorrette, sancito negli artt. 5 e 7 della Direttiva 2005/29, vendere *personal computer* con programmi informatici preinstallati v. GGUE 7 settembre 2016, in C-310/15, in *AIDA*, 2018, I, 890.

considerando la salute un valore pubblico oltre che un interesse degli acquirenti (di solito, anche gli utilizzatori dei robot).

In primo luogo, promuove l’istituzione, nei Paesi membri, di organismi di vigilanza, investendoli di compiti incisivi, e prescrive ai medesimi Paesi di disporre e applicare congrue sanzioni a carico di chi violi i precetti sulla sicurezza. In questo ordine di idee si invitano le autorità che abbiano ragione di ritenere che una macchina presenti rischi per la salute a effettuare una valutazione del prodotto che investa tutte le pertinenti prescrizioni; e si raccomanda alla medesima autorità che, se accertino inadempienze, richiedano tempestivamente agli operatori coinvolti di prendere le misure correttive idonee a eliminare o almeno minimizzare i rischi (art. 43 Regolamento 2023/1230; dove si aggiunge che, se gli operatori non vi provvedessero, le misure dovrebbero essere adottate dalle autorità). Si affida inoltre alla Commissione l’ufficio di valutare le misure prese dai Paesi membri; e si esige che questi le revochino se essa le giudichi ingiustificate (art. 44 Regolamento 2023/1230).

Ma al diritto europeo non sfugge, in secondo luogo, l’esigenza di assicurare la sicurezza delle componenti dei robot rivolte al mercato. Anzitutto dichiara che, “all’atto dell’immissione sul mercato... di una macchina o di un prodotto correlato, i fabbricanti garantiscono che siano stati progettati e fabbricati conformemente ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute...” (art. 10, par. 1, Regolamento 2023/1230), e che “i fornitori dei sistemi di IA ad alto rischio...garantiscono che i loro sistemi di IA siano conformi ai requisiti...” (artt. 8 e 16, lett. a, Regolamento 2024/1689). Queste dichiarazioni, anche se vengono riprodotte negli atti di autonomia contrattuale, non perdono il valore di norme giuridiche. Rispetto a quegli atti e ai rapporti che ne derivano, esse accollano ai fabbricanti delle macchine e ai fornitori del sistema di IA – pur mancando un esplicito impegno in tal senso di costoro – la garanzia della conformità delle macchine e del relativo sistema informatico alle norme di sicurezza che ne disciplinano la progettazione la produzione e la distribuzione. Così legittimano gli acquirenti delle macchine e i licenziatari dei sistemi a esercitare verso fabbricanti e fornitori le tutele apprestate nelle ipotesi di inosservanza delle norme.

Non sono meno considerevoli i precetti rivolti ai distributori delle macchine e dei sistemi di IA, intendendosi come “distributori” tutte le persone fisiche o giuridiche nella catena di approvvigionamento, diverse dal fabbricante della macchina e dal fornitore del sistema (o dall’importatore), che mettono a disposizione quei prodotti sul mercato (art. 3, n. 21, Regolamento 2023/1230; art. 3, n. 7, Regolamento 2024/1689). Ai distributori delle macchine il diritto europeo vieta di mettere a disposizione macchine non conformi al relativo Regolamento; impone di informare i fabbricanti e le autorità di vigilanza dei rischi delle macchine; e chiede di verificare il rilascio della dichiarazione di conformità, l’apposizione della marcatura CE, e la presenza delle istruzioni per l’uso della macchina (art. 15, par. 1-3, Regolamento 2023/1230). Qualora ritengano una macchina non conforme al Regolamento, i distributori devono assicurarsi che vengano intraprese le azioni correttive necessarie a renderla conforme, a ritirarla o a richiamarla, informandone immediatamente le autorità nazionali (art. 15, par. 5, Regolamento 2023/1230). Sui distributori dei sistemi di IA ad alto rischio gravano divieti e doveri analoghi (art. 24 Regolamento

2024/1689), nonché l'obbligo di istituire e documentare un piano per il monitoraggio dei sistemi proporzionato alla natura delle tecnologie di IA e ai relativi rischi utilizzando un modello predisposto dalla Commissione (art. 72 Regolamento 2024/1689; qui, con riguardo ai sistemi relativi a prodotti la cui disciplina armonizzata già preveda un piano di monitoraggio, si autorizzano i fornitori a integrare quest'ultimo piano, invece di adottarne un altro; ma il Regolamento sulle macchine non prevede un piano di monitoraggio successivo alla loro immissione nel mercato).

L'analisi del quadro normativo esposto deve muovere da due premesse: 1) dal principio che le macchine possono essere messe a disposizione sul mercato "soltanto se... soddisfano i requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute" che risultano dal III allegato al Regolamento 2023/1230 (art. 8), e 2) dalla norma che il distributore di un sistema di IA ad alto rischio il quale ritenga o abbia motivo di ritenere, sulla base delle informazioni in suo possesso, che quel sistema "non sia conforme ai requisiti" indicati nel Capo III, sezione 2, del Regolamento 2024/1689 non può metterlo a disposizione sul mercato fino a quando "non sia stato reso conforme a tali requisiti" (art. 24, par. 2, Regolamento 2024/1689). Mentre il principio è impersonale, quindi è chiaro che vincola chiunque metta una macchina sul mercato (ma con riferimento ai distributori è ribadito nell'art. 15, par. 3, Regolamento 2023/1230), la norma si riferisce in specie ai distributori dei sistemi di IA: ciononostante dovrebbe valere anche per i fornitori dei sistemi, che pur possono disporre di essi e sono gravati dalla garanzia di conformità a favore di chi li riceve (artt. 8 e 16, lett. a, Regolamento 2024/1689). In ogni caso, l'immissione sul mercato di una macchina o di un sistema di IA non è preclusa nei casi di loro "non conformità formale".

Restano di competenza dei diritti nazionali diversi aspetti importanti: i modi di attuazione dei principi sulla "messa a disposizione" nel mercato delle componenti dei robot; la garanzia della loro conformità alle norme sulla sicurezza imposta ai fabbricanti delle macchine e ai fornitori dei sistemi di IA; l'identificazione degli altri vincoli cui sono soggetti i medesimi e i distributori delle macchine e dei sistemi di IA. Agli Stati membri compete anche predisporre i rimedi alle inadempienze dei doveri di sicurezza che gravano su fabbricanti e distributori di macchine, così come su fornitori e distributori dei sistemi di IA. La riserva normativa ai diritti nazionali opera in specie in ordine ai robot di cui si disponga a vantaggio di produttori di altri beni o servizi, perché questi soggetti, in quanto tali, non beneficiano della corposa disciplina di origine europea a tutela di consumatori e utenti. Vale quindi il principio che lascia stabilire ai singoli Stati sia le misure attuative del Regolamento sulle macchine e di quello sulla IA, sia le sanzioni applicabili in caso di violazione, da parte degli operatori economici, dei medesimi atti normativi. Resta ferma, in ogni caso, l'esigenza generale che quelle sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (art. 50 Regolamento 2023/1230; art. 99, par. 1, Regolamento 2024/1689).

In base al diritto italiano, gli atti con cui si disponesse di macchine e sistemi di IA difformi dalle prescrizioni sulla sicurezza sarebbero nulli a causa della inapplicabilità

lità di quegli oggetti (art. 1418 c.c.)<sup>25</sup>. Tuttavia la nullità dell’atto dispositivo di un sistema di IA insicuro, mentre rispetto ai distributori è subordinata alla prova della coscienza, da parte dei medesimi, della insicurezza del sistema, rispetto ai fornitori è incondizionata, perché questo elemento soggettivo può presumersi essendo dovuti a essi la progettazione e lo sviluppo del sistema.

La nullità degli atti dispositivi non è impedita dalla prescrizione agli alienanti di macchine o di sistemi pericolosi di prendere, subito dopo averli compiuti, le necessarie contromisure (art.10, par.9, e art.15, par.5, Regolamento 2023/1230; artt. 20 e 24, par.4, Regolamento 2024/1689). Infatti, pur prescindendo dalla evenienza che tali contromisure in pratica non vengano prese, il ritiro e il richiamo della macchina o del sistema di IA pericolosi (così come la disabilitazione di quest’ultimo) non sono subordinati alla efficacia giuridica degli atti dispositivi. Ma la tempestiva adozione di misure idonee a rendere la macchina o il sistema di IA che vi è installato conformi alle prescrizioni sulla sicurezza sanerebbe la nullità, e renderebbe inammissibili, per mancanza di interesse, iniziative giudiziarie tese a farla dichiarare. La nullità degli atti dispositivi non si verificherebbe se la macchina o il connesso sistema di IA fossero stati prodotti senza il rispetto di norme tecniche poste dagli organismi di uniformazione normativa (“*standard*”), in quanto una eventuale inosservanza di queste norme – dirette soprattutto a omologare i prodotti industriali – non renderebbe incommerciabili i prodotti da esse difformi<sup>26</sup>.

Quando gli atti dispositivi si riferiscono a macchine e sistemi di IA che formano robot “intelligenti”, dato il nesso funzionale fra gli atti la nullità del negozio riguardante una di quelle componenti si rifletterebbe sul negozio riguardante l’altra privandolo dei suoi effetti per il venir meno della causa.

La rimozione degli atti dispositivi comporterebbe l’insorgere degli obblighi restitutori derivanti da pagamenti indebiti (art. 2033 e segg. c.c.)<sup>27</sup>. Inoltre il compratore della macchina e/o il licenziatario del sistema di IA avrebbe diritto al risarcimento dei danni verso il rispettivo dante causa che non gli avesse dato notizia della ragione di nullità (art. 1338 c.c.). Se la difformità riguardasse solo una delle due componenti del robot e invalidasse anche l’atto dispositivo della componente conforme, il responsabile della difformità di quella componente dovrebbe risarcire pure i danni subiti dall’alienante della componente conforme a seguito della invalidazione dell’atto dispositivo di questa<sup>28</sup>.

Si è già detto che non sempre l’inosservanza di norme sulla sicurezza nella progettazione e/o nella fabbricazione di un prodotto comporta la nullità dell’atto dispositivo;

<sup>25</sup> Cfr., BASILE, *op. cit.*, 292.

<sup>26</sup> Il principio che “non è obbligatorio conformarsi” alle specifiche tecniche adottate dagli organismi di normazione è espresso nell’art. 2 Regolamento UE 1025/2012; cfr. BELLISARIO, *op.cit.*, 847 e ss.; BASILE, *op. loco ult. cit.*

<sup>27</sup> Al tema continua a prestare attenzione BARGELLI: V., anche per gli opportuni richiami, *Invalità del contratto e restituzioni nelle intersezioni fra le fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 568.

<sup>28</sup> Ciò sul presupposto del collegamento funzionale fra i due atti dispositivi e sulla incidenza della nullità dell’uno sulla efficacia dell’altro: cfr. Cass. 10 ottobre 2014, n. 21417, ined.

non la comporta, in particolare, l'inosservanza di regole sulla sicurezza disposte dagli organismi di uniformazione. Questa può assumere tuttavia rilievo come violazione della garanzia di sicurezza su di lui gravante (art. 10, par. 1, Regolamento 2023/1230; art. 8 Regolamento 2024/1689), causa di attuazione inesatta del negozio e di responsabilità contrattuale. Il difetto di progettazione e/o di fabbricazione che rendesse insicura la componente materiale del robot venduta (cioè la macchina) potrebbe costituire un vizio tale da pregiudicarne l'idoneità all'uso cui è destinata o da diminuirne in modo apprezzabile il valore (art. 1490 c.c.). In tal caso, il compratore potrebbe chiedere al giudice la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto salvo che gli usi la escludano (art. 1492 c.c.); il venditore dovrebbe inoltre risarcire il danno al compratore, se non provasse di avere ignorato senza colpa l'insicurezza della macchina (art. 1494 c.c.)<sup>29</sup>.

Fra i prodotti affetti da carenze sotto il profilo della sicurezza che non determinano la nullità degli atti dispositivi ma ne viziano l'oggetto possono ricadere pure i sistemi di IA connessi a robot (si pensi, per esempio, a sistemi corredati da istruzioni oscure o incomplete). L'uso delle licenze riguardanti sistemi di IA viziati potrebbe divenire causa di danni ai licenziatari; e la validità di clausole negoziali dirette a escludere responsabilità del concedente in ordine a essi deve essere valutata alla luce del diritto positivo al quale la specifica licenza è sottoposta<sup>30</sup>. Dei vizi dei robot risponderebbero anche i distributori delle loro componenti; ma questi potrebbero agire in regresso verso i fabbricanti delle macchine e/o i fornitori dei sistemi di IA responsabili dei vizi in forma individuale o solida, ai sensi dell'art. 121 c. cons.<sup>31</sup>.

#### 4. L'utilizzo di robot per produrre beni o servizi, e l'imputazione del loro operato

L'impiego è la fase principale del ciclo di vita di qualsiasi mezzo di produzione. Le sue modalità – nell'ambito di quelle consentite dal progettista e dal fabbricante del mezzo – dipendono da diversi elementi: la natura dell'utilizzatore (impresa, soggetto pubblico, o altro), il titolo che lo legittima a servirsi del bene, le regole cui vengono sottoposte le situazioni giuridiche che ne conseguono. L'impiego è anche la fase nella quale il mezzo di produzione manifesta meglio, oltre alla sua utilità pratica, il grado di rischio che presenta; e può causare danni all'utilizzatore e/o a terzi. Questo vale pure per i robot destinati alla produzione di beni o servizi.

<sup>29</sup> Per una recente sintesi sulla problematica in merito v. CORRIAS, *La natura della garanzia nella vendita (una traiettoria d'indagine)*, in *Resp. civ.*, 2023, 710. La responsabilità contrattuale non escluderebbe la compressa di responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative: v. Cass. 14 febbraio 2022, n. 4715, in *Foro it.* 2022, I, 1739.

<sup>30</sup> CARTELLA, *La licenza d'uso*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2014, 830.

<sup>31</sup> Cfr. CARNEVALI, *Prodotto composto difettoso e regresso tra produttori responsabili. Il criterio delle "dimensioni del rischio"*, in *Resp. civ.*, 2015, 360B.

Il diritto europeo tende a garantire un impiego il più possibile sicuro delle macchine e dei sistemi di IA. Le garanzie che appresta valgono anche dopo l’attivazione dei robot (mediante la fornitura alle macchine delle istruzioni e dell’energia che permettono loro di funzionare) da parte di chi ha ottenuto il diritto di utilizzarli. Le garanzie consistono essenzialmente in vincoli nell’interesse dei soggetti esposti ai relativi rischi, a partire da chi utilizza le macchine e i sistemi di IA, e da chi collabora con l’utilizzatore.

Rispetto a questa fase assume rilievo anzitutto il modo in cui hanno osservato i loro doveri i progettisti e i fabbricanti delle macchine, così come i fornitori dei sistemi, e i distributori delle une e degli altri. Forte è la preoccupazione del legislatore di garantire che la conformità di queste componenti alle norme sulla sicurezza persista durante l’intero ciclo di vita dei sistemi di IA ad alto rischio: emblematica l’iscrizione ai fornitori del duplice obbligo di mantenere il sistema di gestione dei rischi per tutto il tempo di utilizzo del prodotto, e di prevedere nello stesso periodo, ove opportuno, la formazione dei *deployer* (art. 9, par. 5, secondo comma, lett. c, Regolamento 2024/1689).

Gli adempimenti che meglio evidenziano i rapporti fisiologici fra quegli operatori e chi acquista i robot per impiegarli nella propria attività sono quelli che si sostanziano in comunicazioni di conoscenze. Si è già fatto cenno all’obbligo dei fabbricanti, in primo luogo, di redigere in forma comprensibile le istruzioni per l’uso delle macchine, così come le avvertenze e le informazioni prescritte nell’allegato III al Regolamento 2023/1230, e, in secondo luogo, di trasmetterle agli utilizzatori (art. 10, par. 7). Si è pure detto dell’obbligo di ogni fornitore di progettare e sviluppare i sistemi di IA ad alto rischio così da garantire che funzionino in modo tanto trasparente da consentire ai *deployer* di interpretarne l’*output* e utilizzarlo in maniera adeguata; nonché dell’obbligo dei medesimi fornitori di accompagnare i sistemi da istruzioni per l’uso che diano informazioni “concise, complete, corrette e chiare” oltre che “pertinenti, accessibili e comprensibili per i *deployer*” (art. 13, par. 1 e 2, Regolamento 2024/1689). I fornitori devono poi progettare e sviluppare i sistemi ad alto rischio così che possano essere “efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso” (art. 14 Regolamento 2024/1689; nel par. 4 si specificano le conoscenze che la sorveglianza deve poter far acquisire a chi la svolge).

Ma la relativa inoffensività dei robot dipende pure dalla scrupolosa osservanza di doveri rivolti a chi se ne serve; che attengono soprattutto all’impiego della IA della quale i robot siano provvisti. Si tratta di doveri che mirano a uniformare la condotta degli utilizzatori dei sistemi alle istruzioni e alle avvertenze impartitegli dai fornitori a tutela della salute dei terzi che rischiano di venire danneggiati da un uso improprio dei sistemi. I doveri degli utilizzatori licenziatari dei sistemi però tutelano anche l’interesse di chi gli ha fornito l’uso di questi beni alla cooperazione degli utilizzatori nell’adempimento degli obblighi dei medesimi fornitori (al fine di limitare o escludere l’eventuale responsabilità contrattuale di questi per inosservanza dei loro obblighi verso gli utilizzatori licenziatari: cfr. l’art. 1227 c.c.)<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Sull’obbligo del creditore di cooperare all’adempimento dell’obbligazione e sugli effetti della

Nell'art. 26 Regolamento 2024/1689 si sancisce il dovere dei *deployer* (a) di “adottare idonee misure tecniche e organizzative” allo scopo di garantire un utilizzo dei sistemi ad alto rischio conforme alle istruzioni per l'uso che li accompagnano (par. 1); (b) di affidare la sorveglianza “a persone fisiche che dispongono della competenza, della formazione e dell'autorità necessarie nonché del sostegno necessario” (par. 2); (c) di “monitorare il funzionamento” dei sistemi sulla base delle istruzioni, e di sospenderne l'uso qualora, sebbene questo sia conforme alle istruzioni, presentino un rischio per la salute, la sicurezza o diritti fondamentali delle persone (par. 5). Nel medesimo art. 26 si prescrive inoltre ai *deployer* che intendano avvalersi di un sistema ad alto rischio sul luogo di lavoro di informare i rappresentanti dei lavoratori e i lavoratori interessati che “saranno soggetti all'uso del sistema” (par. 7).

Il Regolamento 2024/1689 non autorizza ad assumere che la connessione del robot con un sistema di IA e la sua entrata in funzione implicino che il robot, come qualsiasi individuo che tenga un comportamento, possa dirsi autore delle operazioni eseguite e addirittura ne riceva i relativi effetti giuridici<sup>33</sup>. Il suo operato, infatti, per il diritto rileva come insieme di eventi, frutto di attività svolte da certi soggetti – o a questi imputate dal diritto – e di cui il robot rimane pur sempre un mezzo. A renderlo artefice del suo operato non bastano né il suo poter muoversi nello spazio, né la più o meno ampia autonomia, né la capacità di apprendere dall'esperienza, né la forma umanoide delle quali il sistema di IA lo abbia provvisto: queste non sono altro che sue doti oggettive, benché assai peculiari e importanti.

L'idea di assimilare all'agire umano il funzionamento di calcolatori, macchine, dispositivi, e altre cose fornite di IA è dovuta soprattutto alla suggestione del fatto che questa abilita i prodotti che ne vengono provvisti a operare con una più o meno larga indipendenza. Tale abilità induce a ritenere che i robot agiscano, tengano comportamenti, siano autori di atti giuridici, e potenziali destinatari dei relativi effetti, come le persone<sup>34</sup>.

---

mancata cooperazione v. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 50 ss.; GIACOBBE, voce *Mora del creditore* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 952 s.

<sup>33</sup> Sul concetto giuridico di comportamento umano, e sulle sue articolazioni, v. FALZEA, voce *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 442. Concepisce un “agente artificiale intelligente” non come soggetto del diritto ma come entità “in grado di compiere azioni, con più o meno autonomia, che si manifestano all'esterno rispetto al processo decisionale interno e che impattano sulla sfera giuridica dei soggetti che entrano in contatto con esso” DE MARI CASARETO DAL VERME, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile (Uno studio sui criteri di imputazione)*, Napoli, 2024, 113, partic. 121. Sostiene che siano imputabili alle società gli atti “posti in essere dalla intelligenza artificiale” BOCCHINI, *op. cit.*, 65.

<sup>34</sup> PAGALLO, *op. cit.*, 102, scrive che “*robots should be conceived as new proper agents in the civil law field because this legal option allows us to strike a fair balance between the individual's claim to not be ruined by the decisions of their robot and the claim of a robot's counterparty to be protected when doing business with them*”. Con riguardo all'impresa, v. TULLIO, *Diritto societario degli algoritmi. E se i robot diventassero imprenditori commerciali?*, in *An. Giur. Econ.*, 2019, 1, 225 ss. Per ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*

La tesi però non convince. Senza dubbio le doti delle quali i robot vengono forniti gli permettono di eseguire compiti sempre più sofisticati che neppure esseri umani superintelligenti e avveduti sarebbero in grado di svolgere. Ma ciò non significa che essi siano (o possano essere) investiti di capacità di agire, in senso giuridico. Né i riferimenti normativi compiuti da chi sostiene il contrario giovano all’idea della imputabilità ai robot delle loro operazioni<sup>35</sup>. Certo, l’essere i prodotti “intelligenti” degli oggetti non impedirebbe di individuare nel loro operato fatti giuridici in quanto fenomeni temporali che incidono su interessi umani<sup>36</sup>; ma non per questo esso è equiparabile alla attività della persona, e possono imputarsi a quei prodotti gli effetti delle loro operazioni in quanto ne siano autori.

Non persuade, ad esempio, l’assunto che sia ascrivibile ai mezzi meccanici guidati da programmi informatici, detti “agenti *software*”, o agli stessi programmi, l’attività contrattuale tramite essi svolta<sup>37</sup>. Contro la veduta classica secondo la quale la conclusione e l’esecuzione automatiche di un contratto vengono imputate dal diritto a chi impiega il mezzo meccanico<sup>38</sup> si fa valere con insistenza la tesi – ad avviso dei suoi fautori, più realistica – secondo cui a quegli agenti va riconosciuta la veste di soggetti che contrattano in nome e per conto di altri. La dichiarazione elettronica – si precisa – obbliga gli interessati; quindi, “in analogia con il diritto della rappresentanza, gli agenti *software* autonomi sono da considerarsi rappresentanti dei loro rappresentati umani”<sup>39</sup>.

---

(Atti del 15° Convegno Nazionale della S.I.S.DI.C.), Napoli, 2020, 23, il robot, quando sia “in grado di esprimere una capacità di rielaborazione che lo renda in qualche misura autonomo e con valutazioni discrezionali dei dati e degli *input* attribuiti”, “può essere considerato titolare dell’attività, sia pure (questa) con minore ricchezza di quella umana”.

<sup>35</sup> Cfr. PROIETTI, *La responsabilità* cit., 129.

<sup>36</sup> Sottolinea FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 950, che “gli interessi umani si costituiscono si trasformano e si manifestano anche al di fuori di ogni iniziativa esterna del soggetto, per effetto di energie non umane”, e che la figura del fatto giuridico (in senso stretto) “tende perciò ad allargarsi sino a comprendere ogni evento diverso dal comportamento” che incida su interessi giuridici umani.

<sup>37</sup> Sul concetto di “agente” in informatica e sulla sua rilevanza giuridica cfr. CEVENINI, *Agenti software e sistemi multi-agente: profili tecnico-giuridici*, in *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, a cura di DURANTE e PAGALLO, Torino, 2012, 117 ss.

<sup>38</sup> Cfr. in Italia, BRAVO, *Contrattazione telematica e contrattazione cibernetica*, Milano, 2007, 191, partic. 235, 249, 258; FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i software agents: un falso problema giuridico*, in *Contratto e impr.*, 2002, 500.

<sup>39</sup> TEUBNER, *Soggetti giuridici*, cit., 72; SARTOR, *Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2009, 253; ID., *L’intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 4 ss.; ID., *Gli agenti software: nuovi soggetti del cyberdiritto?*, in *Contratto e impr.*, 2002, 465 ss. In senso critico v. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti” (Gli smart contracts nel diritto comparato)*, Torino, 2019, 56; FERRETTI, *Per un’interpretazione evolutiva della tesi di Antonio Cicu: dal contratto automatico all’agente software*, in *Rileggere i “classici” del diritto civile italiano (1900-1920)*, a cura di PERLINGIERI, Napoli, 2023, 1545.

Riserve sembrano però legittime anzitutto in ordine alla critica – rivolta alla dottrina che giudica autore dei contratti automatici chi impiega gli automi – di concepire una insostenibile finzione. Infatti tale dottrina si basa sul diritto positivo; e neppure le decisioni legislative possono venire accusate di compiere delle finzioni nell’ascrivere certi fatti, e le loro conseguenze giuridiche, ad alcuni soggetti invece che ad altri. Viene condivisa con larghezza – ad esempio – la tesi che il diritto riferisce alle persone giuridiche gli atti posti in essere dai loro organi in virtù non di una finzione, ma della rilevanza riconosciuta alla organizzazione di cui esse si dotano.

L’idea che gli agenti *software* concludano contratti a nome e nell’interesse altrui per avere una parziale “capacità” (in senso giuridico) sembra trascurare l’orientamento, raccomandato dalle istituzioni europee, ad un approccio antropocentrico all’intelligenza artificiale. La tesi della “capacità” di tali dispositivi sarebbe inaccettabile se alludesse ad una loro “capacità di agire”, presupponendo che possa estendersi a un soggetto non umano una qualifica che gli ordinamenti tendono a riservare alle persone fisiche capaci di intendere e di volere<sup>40</sup>: connotato ben diverso dalla “intelligenza” delle macchine, per quanto grande essa sia<sup>41</sup>. Ma la tesi in esame non sarebbe condivisibile neanche se postulasse una parziale “capacità giuridica” degli agenti *software*. E ciò, sia perché pure questa dote è propria dei soggetti di diritto, sia perché negli odierni Paesi europei la medesima costituisce un valore di carattere generale non suscettibile di drastiche ridu-

<sup>40</sup> Cfr. FALZEA, *Capacità cit.*, 16 ss.

<sup>41</sup> Avverte BODEI, *op. cit.*, 300: “Non occorre dimenticare – come spesso inavvertitamente accade – che, quando parliamo di intelligenza, coscienza, emozioni o lavoro delle macchine, usiamo un linguaggio metaforico, attribuendo loro qualità di cui sono prive... L’idea di copiare il funzionamento del cervello e della mente umana attraverso l’IA al di fuori del contesto delle relazioni, ha condotto a delle semplificazioni e a degli errori di valutazione fuorvianti, che la più recente IA sta oggi, tuttavia, riducendo o eliminando”. Osserva CINGOLANI, *op. cit.*, 39, che “difficilmente i robot potranno essere autonomi e avere capacità intellettive anche solo lontanamente comparabili a quelle di un umano. Inoltre, vista la natura algoritmica della loro intelligenza, dato un set di dati e un set di condizioni al contorno, tutti i robot raggiungeranno sempre la medesima conclusione come conseguenza della soluzione dello stesso algoritmo”; che, “non avendo istinti ed emozioni queste macchine sono intelligenti secondo una definizione di intelligenza diversa dalla nostra. Un’intelligenza algoritmica molto precisa e riproducibile, specializzata e mirata alla soluzione di specifiche classi di problemi ma poco flessibile, poco adattiva e poco fantasiosa” (p. 108); e che “la macchina è incapace di fare qualsiasi cosa per cui non sia programmata. E anche assumendo che essa possa imparare cose nuove, i processi di apprendimento e la costruzione di un’esperienza basata sull’intelligenza artificiale non consentirebbero di sviluppare l’intuito, le capacità di improvvisare e l’emotività che rendono gli umani così diversi fra di loro” (p. 111). Quindi la “capacità di agire” che spesso si ravvisa nei robot – riferendosi alla autonomia e alla idoneità ad apprendere conseguenti alla “intelligenza” della quale vengano dotati – non è parificabile, né accostabile, alla capacità che ovunque il diritto riconosce alle persone umane maggiorenni sane di mente e andrebbe connotata giuridicamente in altro modo; v. anche FAGGIN, *Irriducibile [la coscienza, la vita, i computer e la nostra natura]*, Milano, 2022; PENROSE e altri, *Artificial Intelligence Versus Natural Intelligence*, a cura di SCARDIGLI, Cham, Svizzera (Springer), 2022; FORMICA, *Intelligenza umana e intelligenza artificiale cit.*, 96 ss., 109 ss.

zioni<sup>42</sup>. Né l'incongruenza del richiamo ad una presunta “capacità” degli agenti *software* verrebbe meno riconoscendo loro soltanto il “potere” di rappresentare i soggetti interessati al contratto (vale a dire, il “potere” di agire in loro nome e per loro conto), perché pure questo “potere” (la cui fonte rimane peraltro incerta) sarebbe ascrivibile soltanto a soggetti del diritto (categoria in cui le cose intelligenti non rientrano, e non conviene che vengano fatte rientrare).

Del resto, *de iure condito* la prospettata equiparazione degli agenti *software* a rappresentanti negoziali avrebbe rilievo pratico ridotto. Si riconosce infatti che “le differenze tra attori umani e agenti *software* sono così grandi che talune norme previste dalla disciplina legale della rappresentanza non sono immediatamente applicabili”, così da doversi ammettere che “occorre quindi elaborare regole specifiche adeguate alle dichiarazioni di volontà rilasciate da un rappresentante digitale, attraverso una prudente analogia della norma sulla rappresentanza”. In particolare – si aggiunge – “muovendo dalla dogmatica sulla rappresentanza, ritagliata tradizionalmente sulla figura dell'essere umano, si dovrà, dapprima, predisporre una base generale per l'applicazione analogica e, in seguito, procedere a dettagliare nuovamente la disciplina adeguata alle peculiarità dell'agire digitale”<sup>43</sup>. Emblematica della inadeguatezza della comune disciplina sulla rappresentanza a recepire la configurazione degli agenti *software* come rappresentanti è il richiamo al trattamento giuridico cui andrebbe sottoposta l'ipotesi che quell'agente contrattasse in nome del suo utilizzatore senza poterlo fare. In tal caso, infatti, esclusa la responsabilità di quest'ultimo, del difetto di “potere” dovrebbe rispondere lo stesso agente *software*. Ma – si osserva con franchezza – una responsabilità personale di quest'ultimo quale *falsus procurator* “cadrebbe nel vuoto, stante la mancanza di un patrimonio proprio, come capita in tutti gli altri casi nei quali il *falsus procurator* si renda irreperibile”. Quindi “discorrere di responsabilità personale [dell'agente *software*] avrebbe senso unicamente *de lege ferenda*, se ad esso, in quanto persona giuridica, fosse imputato un patrimonio separato. Fino a quando ciò non accada, occorrerà trovare un bilanciamento di interessi tra utilizzatore e *partner* contrattuale, in modo che all'utilizzatore non sia imputata automaticamente la responsabilità dell'illecito, come invece la dottrina dominante si trova costretta a sostenere”...<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. FALZEA, *op. ult. cit.*, 10; PAGALLO, *op. cit.*, 102, prospetta un parallelismo fra i robot e gli schiavi dell'antica Roma, cui il diritto negava soggettività giuridica ma permetteva di possedere un *peculium*; secondo il medesimo autore, concedere a un robot la facoltà di avere un patrimonio consentirebbe al suo proprietario di non rispondere personalmente degli impegni assunti dal robot: “by employng robots or artificial agents to do business, transactions or contracts, individuals could claim a liability limited to the value of their robot' portfolio (plus, eventually, forms of compulsory insurance), while the robots' peculium would guarantee their human counterparties, or other robots, that obligations would really be met” (p. 105).

<sup>43</sup> TEUBNER, *op. ult. cit.*, 73.

<sup>44</sup> TEUBNER, *op. ult. cit.*, 77 s.

L'inadeguatezza dell'assimilazione dei contratti compiuti da un agente *software* ai negozi stipulati da un rappresentante risulta anche dall'accento alle conseguenze che produrrebbe l'eventuale inosservanza, da parte di quell'agente, degli obblighi assunti. Si riconosce infatti che l'adempimento contrattuale nell'interesse altrui non è qualificabile come attività rappresentativa; e che nell'effettuarlo l'automa dovrebbe essere considerato un ausiliario dell'interessato. Ne consegue che dell'eventuale inadempimento dell'automa sarebbe l'utilizzatore a dovere rispondere, senza potersi sottrarre alla responsabilità contrattuale adducendo di non aver commesso alcun inadempimento<sup>45</sup>.

Non è possibile qui approfondire l'analisi dei complessi problemi di imputazione soggettiva posti dalla attività negoziale compiuta da cose "intelligenti"<sup>46</sup>. Non può tacersi tuttavia che, allo stato, la tesi secondo la quale questa attività sia giuridicamente riferibile a chi utilizza la cosa, esprimendo la medesima la volontà dell'utilizzatore anche se sia programmata da un terzo e se vi aggiunga un "*quid novi*", sembra la più fondata. Comunque la soluzione dei problemi posti dall'opera degli automi elettronici – non solo *de iure condito* ma anche in sede di un auspicabile riscrittura dell'attuale diritto – non viene favorita né dal riconoscimento a quelle cose di vere e proprie "capacità" (in senso giuridico) né dalla loro configurazione come rappresentanti del soggetto interessato<sup>47</sup>.

Appaiono poco persuasive pure le tendenze a imputare a mezzi meccanici le opere dell'ingegno frutto di applicazioni della IA. A livello di U.E., la riconducibilità di queste opere a chi si serve di quei mezzi risulta da molti dati, a partire dai rilievi e dagli inviti del Parlamento al Consiglio e alla Commissione (così come ai Parlamenti e ai Governi degli Stati membri) inclusi nella Risoluzione del 20 ottobre 2020 "sui diritti di proprietà intellettuale [DPI] per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale". Nella Risoluzione il Parlamento, dopo avere premesso che è necessario un approccio antropocentrico all'IA conforme ai principi etici e ai diritti umani (considerando E), giudica inopportuno "dotare di personalità giuridica le tecnologie di IA", e ricorda "le ripercussioni negative di una siffatta possibilità sugli incentivi per i creatori umani" (punto 13). Richiamata la differenza tra le creazioni umane ottenute con l'assistenza dell'IA e quelle generate dalla stessa IA, il Parlamento ammette che "sono queste ultime a porre nuove sfide normative in termini di protezione dei DPI, quali ad esempio le questioni della titolarità e della paternità dell'inventore e della remunerazione adeguata, nonché questioni relative alla potenziale concentrazione del mercato" (punto 14). Quindi esprime l'avviso "che le creazioni tecniche generate dalla tecnologia di IA debbano essere tutelate nell'ambito del quadro giuridico dei DPI", e "che le opere prodotte autonomamente da agenti artificiali e robot potrebbero non essere ammissibili alla protezione del diritto d'autore, al fine di

<sup>45</sup> TEUBNER, *op. ult. cit.*, 82; cfr. criticamente PROIETTI, *op. ult. cit.*, 174.

<sup>46</sup> Sulla riconduzione dell'attività negoziale al concetto di comportamento umano v., con il consueto rigore, FALZEA, *Latto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 1; SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 589.

<sup>47</sup> Cfr. FERRETTI, *op. loco cit.*

rispettare il principio di originalità, che è legato a una persona fisica, e dal momento che il concetto di ‘creazione intellettuale’ riguarda la personalità dell’autore”. Ipotizzando poi che la Commissione ammetta le opere generate dall’IA alla tutela del diritto d’autore, il Parlamento raccomanda “che la titolarità di eventuali diritti sia assegnata soltanto alle persone fisiche o giuridiche che hanno creato l’opera in modo lecito e soltanto se il titolare dei diritti d’autore ha concesso l’autorizzazione in caso di utilizzo di materiale protetto dal diritto d’autore, a meno che non si applichino deroghe o limiti in materia di diritto d’autore (punto 15)<sup>48</sup>.

I cenni che precedono confermano la propensione dei massimi organismi europei a negare ai dispositivi “intelligenti” la paternità del loro operato e la titolarità delle sue conseguenze giuridiche. Il duplice diniego rispecchia il disconoscimento a tali prodotti del ruolo di soggetto del diritto, e di capacità di agire; e non può che spingere alla ricerca di coloro ai quali le attività automatizzate e i relativi effetti siano ricollegabili sul piano giuridico.

Individuare gli autori delle operazioni compiute nell’utilizzo delle macchine “intelligenti” riveste grande importanza in specie nella cernita dei responsabili di eventuali illeciti, e degli obbligati al risarcimento dei danni che ne siano conseguiti<sup>49</sup>.

La non riferibilità a un robot delle operazioni svolte per suo tramite implica che non gli si possano imputare responsabilità in ordine ai danni sofferti da terzi in quei frangenti. D’altronde, anche chi sostiene quella riferibilità esclude come sua necessaria conseguenza l’imputazione al robot di responsabilità civile; e ravvisa piuttosto una responsabilità “per fatto altrui”, equiparando i robot ai commessi o ai dipendenti di un soggetto umano, quasi si trattasse di persone<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. ZOBOLI, *Diritto dei brevetti e intelligenza artificiale*, Milano, 2023, 31, 65; GUIZZARDI, *Intelligenza artificiale e le invenzioni industriali*, in *XXVI lezioni cit.*, 318 ss.; CHESTERMAN, *op. cit.*, 834; A. BENSOUSSAN e J. BENSOUSSAN, *op. cit.*, 183; TURNER, *op. cit.*, 121.

<sup>49</sup> Cfr. TAMPIERI, *op. cit.*, 263; DI DONNA, *Intelligenza artificiale e rimedi resarcitori*, Milano, 2022; D’ADDA, *Danni “da robot” (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 805 ss.; LEANZA, *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1011; SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss.; RUFFOLO, *La responsabilità da produzione e gestione di intelligenza artificiale self-learning*, in *XXVI lezioni cit.*, 131; AMIDEI, *La responsabilità da intelligenza artificiale tra product liability e sicurezza del prodotto*, *ivi*, 149; ULISSI, *I profili di responsabilità della macchina dell’apprendimento nell’interazione con l’utente*, in *Diritto e intelligenza artificiale cit.*, 435; CAPILLI, *I criteri di interpretazione delle responsabilità*, *ivi*, 457; ABBOTT, *op. cit.*, 55, secondo il quale la responsabilità per gli atti dei robot deve essere fondata sulla “negligence” in quanto la “strict liability” scoraggia lo sviluppo dell’automazione dei prodotti, e quest’ultima giova a prevenire gli incidenti (che sarebbe lo scopo primario della disciplina sulla responsabilità civile); A. BENSOUSSAN e J. BENSOUSSAN, *op. cit.*, 160; TURNER, *op. cit.*, 81; *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di RUFFOLO, Milano, 2017.

<sup>50</sup> PAGALLO, *op. cit.*, 115; TEUBNER, *op. ult. cit.*, 90, nota che “fondamento dell’imputazione non è l’uso di un oggetto ad alto rischio ma il comportamento illecito dell’algoritmo, che il principale ha lecitamente impiegato a proprio vantaggio”, pertanto propone di introdurre nell’ordinamento giu-

Ma allora, quando e da chi i danneggiati potrebbero pretendere il risarcimento nella prospettiva europea?

Fornire una risposta esaustiva al quesito esige le opportune analisi, pure sulla scorta del fatto che la Risoluzione con cui qualche anno fa il Parlamento ha raccomandato alla Commissione di elaborare “un regime di responsabilità per l’intelligenza artificiale” (Risoluzione 2020/2014/NL) non ha avuto séguito, né sembra probabile che lo avrà.

Nella disciplina sollecitata si collocava alla base dell’obbligo risarcitorio il danno conseguente a “un’attività, dispositivo o processo virtuale o fisico guidato da un sistema di IA” (art. 2, par. 1; art. 4, par. 1). L’obbligo risarcitorio si giustificava con l’assunto che “tutte le attività, i dispositivi o i processi fisici o virtuali che sono guidati da sistemi di IA possono essere tecnicamente la causa diretta o indiretta di danni o pregiudizi” (punto 7). A venir presi in considerazione erano il pregiudizio “alla vita, alla salute, all’integrità fisica di una persona fisica, al patrimonio di una persona fisica o giuridica”, così come il “danno non patrimoniale rilevante risultante in una perdita economica verificabile” (art. 2, par. 1). In ordine alla misura dei danni risarcibili, si assegnava rilievo al grado di rischio cui il sistema di IA assoggetta chi entra in contiguità con le sue applicazioni. In particolare, per promuovere lo sviluppo della IA e il suo impiego, si prevedeva che i danni di un sistema ad alto rischio debbano essere risarciti solo entro certi limiti, anche quando a essere leso è un valore fondamentale<sup>51</sup>. Nella proposta suggerita dal Parlamento si dichiarava poi che i danni dovuti ad atti o dispositivi guidati da sistemi di IA “sono quasi sempre il risultato della creazione, della diffusione o dell’interferenza con i sistemi da parte di qualcuno”; e – dopo avere ribadito che a tale proposito “non è necessario conferire personalità giuridica ai sistemi di IA” – si ammetteva che “l’opacità, la connettività e l’autonomia dei sistemi di IA potrebbero rendere, nella pratica, molto difficile o addirittura impossibile ricondurre specifiche azioni dannose dei sistemi di IA a uno specifico *input* umano o a decisioni adottate in fase di progettazione” (punto 7). Ma si ricordava pure che, “conformemente a concetti di responsabilità ampiamente accettati, è tuttavia possibile aggirare tale ostacolo considerando responsabili le varie persone nella catena del valore che creano il sistema di IA, ne eseguono la manutenzione o ne controllano i rischi associati” (*ivi*). La responsabilità civile quindi avrebbe dovuto essere imputata non ai sistemi ma agli “operatori” (nell’art. 1 si diceva in maniera esplicita che il Regolamento avrebbe dovuto disciplinare le azioni giudiziali promosse nei confronti degli operatori dei sistemi)<sup>52</sup>. Nel caso di un robot, questa categoria avrebbe ricompreso anzitutto chi utilizza la macchina e il relativo sistema di IA; che dunque avrebbe dovuto rispondere “per fatto proprio”, non “per fatto altrui”, qualunque autonomia la macchina avesse (nel

---

ridico la regola della “responsabilità di un principale per le decisioni dannose illecite prese dal proprio agente software” (p. 93-94).

<sup>51</sup> Esprime dubbi sulla legittimità di norme del genere, perché impediscono il pieno risarcimento dei pregiudizi arrecati a valori fondamentali BERTOLINI, *op. ult. cit.*, 407 ss.

<sup>52</sup> V. BERTOLINI, *op. ult. cit.*, 401 ss.

Regolamento suggerito quel soggetto veniva chiamato “operatore di *front-end*”<sup>53</sup>. Quanto ai criteri di imputazione della responsabilità, nella proposta di Regolamento si prevedeva che l’operatore di un sistema di IA ad alto rischio fosse oggettivamente responsabile di qualsiasi danno causato da un’attività, dispositivo o processo fisico o virtuale guidato da tale sistema di IA (art. 4, pr. 1). E non si ammettevano fattori di esonero della responsabilità, né si consentiva di provare il caso fortuito o l’adozione delle misure idonee a evitare il danno, come invece è possibile di solito nelle ipotesi di responsabilità di un soggetto per fatto altrui. Alla responsabilità oggettiva si accompagnavano però obblighi assicurativi degli stessi operatori, oltre che per salvaguardare il loro patrimonio, per garantire alle vittime il risarcimento.

Il fatto che la richiesta alla Commissione è rimasta senza seguito non sorprende. I tempi per un atto normativo come quello suggerito dal Parlamento, che avrebbe aggravato la condizione di fornitori e utilizzatori dei sistemi di IA, appaiono prematuri. Commissione e Consiglio tendono a preferire interventi graduali che aggiornino misure collaudate, e rispondano ai problemi di responsabilità civile aperti dalle applicazioni della IA mano a mano che essi si presentano, e a partire dalle vicende di più immediato rilievo pratico.

Vista tale tendenza, si guarda qui ai problemi risarcitori posti dall’impiego di robot presupponendo che dei danni non siano questi a rispondere (anche se molto “intelligenti”), e limitando l’indagine all’ipotesi che a subirli sia un ausiliario del produttore che si serve dei robot. Quanti collaborano con esso costituiscono infatti le persone in diretto contatto con le macchine di cui egli si serve, quindi le più esposte ai rischi del loro utilizzo e del loro cattivo funzionamento<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Nella proposta di Regolamento sulla responsabilità civile veniva detto “operatore di *back-end*” “la persona fisica o giuridica che, su base continuativa, definisce le caratteristiche della tecnologia e fornisce i dati e il servizio di supporto di *back-end* essenziale e pertanto esercita anche un elevato grado di controllo su un rischio connesso all’operatività e al funzionamento del sistema di IA”: art. 3, lett. d, e ed f).

<sup>54</sup> Per le coordinate del problema v. LUISEAU, *Artificial Intelligence and Labor Law*, in *Artificial Intelligence Law*, a cura di CASTETS e Eynard, Bruxelles, 2023, 385; PERUZZI, *Intelligenza artificiale e lavoro: uno studio su poteri datoriali e tecniche di tutela*, Torino, 2023; FAIOLI, *Data Analytics, robot intelligenti e relazione del lavoro*, in *federalismi.it*, Focus LPT, 23 marzo 2022, 149 ss.; TAES, *Robotisation and Labour Law. The Dark Factory: the Dark Side of Work?* in *Artificial Intelligence and the Law*, a cura di DE BRUYNE e VANLEENHOVE, 2 ediz, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2021, 315; MERCADER UGUINA e MUNOZ RUIZ, *Robotics and Health and Safety at Work*, in *International Journal of Swarm Intelligence and Evolutionary Computation*, 2019, 8 (1), 2 ss.

## 5. La responsabilità civile conseguente a infortuni subiti dagli ausiliari dell'utilizzatore

Nella ricerca conviene distinguere l'evenienza che la causa dell'infortunio risieda in un fatto del fabbricante della macchina o del fornitore del sistema di IA, dall'evenienza che la causa dell'infortunio risieda in una condotta antigiuridica di chi impiega il robot o di un suo collaboratore.

A) Con riguardo alla prima ipotesi, entra in gioco la disciplina sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso. Il suo ingresso risale alla Direttiva 85/374, codificata in Italia negli artt. 114 e segg. c. cons.; il suo ultimo aggiornamento è dovuto alla Direttiva adottata dal Parlamento e dal Consiglio il 10 ottobre 2024, che sostituisce quella del 1985 e deve essere recepita nei Paesi membri entro due anni. L'aggiornamento rende incontrovertibile l'applicabilità di tale disciplina nei casi di difetti di un robot, in quanto "prodotto".

Nel codice del consumo, in attuazione della Direttiva 85/374: 1) si sancisce il principio che dei danni da difetti di un prodotto risponde il produttore se non prova una delle circostanze esimenti indicate nell'art. 118 (art. 114), mentre il danneggiato che intenda essere risarcito ha l'onere di provare il difetto, il danno e la connessione causale tra difetto e danno (art. 120); 2) si considera "prodotto" "ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile" (art. 115, comma 1); 3) si dice che un prodotto è "difettoso" "quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze" (art. 117, comma 1; dove si esemplificano quelle più comuni), e "se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima specie" (art. 117, comma 3); 4) si assegna alla parola "produttore" il senso di "fabbricante del prodotto finito o di una sua componente..." (art. 115, comma 2-bis); 5) si esclude la responsabilità del produttore in certi casi, fra i quali l'evenienza che il difetto sia "dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante" (art. 118, lett. d), e l'evenienza che il difetto di un bene composto sia dovuto esclusivamente alla concezione di questo bene (in tal caso dunque non risponde il produttore di una sua parte) oppure che il difetto della parte di un bene composto sia dovuto alla conformità di essa alle istruzioni date dal produttore che se ne è servito per fabbricare il bene (neppure in tal caso dunque risponde il produttore della parte) (art. 118, lett. d e f).

È plausibile ricomprendere nel campo di applicazione della disciplina evocata il risarcimento dei danni da infortunio verificatosi a seguito dell'impiego del robot se l'infortunio è dovuto a vizi della macchina o del sistema di IA. Quindi dei difetti della prima risponderebbe il fabbricante di essa; dei difetti del secondo risponderebbe il suo fornitore. La tesi è legittimata, per un verso, dalla ampiezza del concetto di "prodotto" al quale la disciplina si riferisce, e dalla riconducibilità a esso, oltre che di una macchina, pure di un sistema di IA; per altro verso, dalla possibilità di includere nella nozione di "difetto" pure la mancanza di un requisito essenziale di sicurezza nel sistema di IA, che impedisce al fornitore di mettere il *software* sul mercato. Comunque nella disciplina sulla responsabilità per danno da prodotto la nozione di "difetto" è più larga, in vista dell'ampliamento della tutela dei danneggiati, a confronto con la mancanza nel prodotto di un requisito

essenziale di sicurezza (che ne impedisce l'immissione sul mercato)<sup>55</sup>, e può applicarsi anche ai sistemi di IA.

Per negare la responsabilità del fabbricante della macchina e/o del fornitore del sistema di IA in specie nel caso che i danni siano sofferti da ausiliari degli operatori non possono addursi neppure l'impiego di quei beni come mezzi produttivi, e la circostanza che l'infortunio si verifica nel corso del loro utilizzo. Infatti la disciplina in esame, sebbene sia ispirata dall'intento di proteggere i fruitori di beni di consumo, è applicabile anche ai casi di danni sofferti da persone fisiche nell'impiego di mezzi di produzione<sup>56</sup>. In base agli artt. 114 e 118, lett. *f*, c. cons., del difetto di un robot non risponderebbero sia il produttore della macchina sia il fornitore del sistema di IA se quel difetto riguardasse solo l'una o l'altra delle sue componenti; e del difetto della macchina o del sistema di IA che compongono il robot non risponderebbe il fabbricante della prima, o il fornitore del secondo, se il difetto dell'una o dell'altro fosse dovuto alle istruzioni dategli da chi ha connesso le due componenti. Se ad avere causato il danno fossero difetti di entrambe le componenti del robot, ne risponderebbero in solido il fabbricante della macchina e il fornitore del sistema (art. 121 c. cons.)<sup>57</sup>.

Nella nuova Direttiva, l'idea di applicare ai difetti dei robot la disciplina sulla responsabilità per danni da prodotto riceve piena conferma: si include in modo espresso il *software* nel significato del termine “prodotto” (art. 4, n. 1; v. anche l'art. 10, par. 2, lett. *b* e *c*), e si definisce “componente” di un prodotto “qualsiasi articolo, tangibile o intangibile, materia prima o servizio correlato, integrati in un prodotto o interconnessi con questo” (art. 4, n. 4). Inoltre si ricomprendono fra le circostanze dalle quali poter desumere il difetto di sicurezza di un prodotto “gli effetti sul prodotto della sua capacità di continuare a imparare o acquisire nuove funzionalità dopo la sua immissione sul mercato o messa in servizio”, e “gli effetti ragionevolmente prevedibili sul prodotto di altri prodotti che ci si può attendere siano utilizzati insieme al prodotto anche mediante l'interconnessione” (art. 7, lett. *c* e *d*). Vale pure per i robot provvisti di IA, infine, la precisazione che il fabbricante di un prodotto risponde anche del danno causato da un componente difettoso, se questo è stato integrato nel prodotto o interconnesso con il prodotto sotto il controllo del fabbricante (art. 8, par. 1, secondo comma).

<sup>55</sup> Sui rapporti fra requisiti di sicurezza e difetto di un prodotto ai fini della responsabilità del produttore v. in vario senso AL MUREDEN, *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in *Id.*, *Product safety e product liability nella prospettiva del danno da prodotto conforme*, in *La responsabilità del produttore*, a cura di ALPA, Milano, 2019, 489; BELLISARIO, *op. loco cit.*; DE MARI CASARETTO DAL VERME, *op. cit.*, 319 ss.

<sup>56</sup> Nel senso che la disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso sia applicabile ai danni causati dal funzionamento dei sistemi di IA v. SIMONINI, *la responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno resp.*, 2023, 435; DI DONNA, *op. cit.*, 69 ss.; PERUZZI, *op. cit.* 129 ss; nella nuova Direttiva si dice chiaramente essere legittimata alla tutela qualsiasi persona fisica che ha subito un danno: v. gli artt. 1, 3, 5.

<sup>57</sup> Cfr. CARNEVALI, *op. loco cit.*

B) Determinare le condizioni e gli effetti risarcitori della inosservanza delle regole sulla sicurezza dei prodotti da parte di chi li utilizza – quindi anche le condizioni e gli effetti risarcitori della inosservanza, da parte delle imprese, degli obblighi sulla sicurezza dei mezzi produttivi – rientra nella sovranità dei Paesi membri, a prescindere dalla evenienza che a essere state disattese siano norme di origine europea.

In Italia, nell'ipotesi che lesioni di interessi giuridicamente protetti, in specie infortuni sul lavoro, derivino da atti dell'utilizzatore di un robot o di collabora con lui, la loro risarcibilità è condizionata alla evenienza che tali atti siano contrari a obblighi positivi o negativi dell'utilizzatore medesimo: in materia di infortuni sul lavoro, si tratta dei doveri "di protezione" imposti dalla intricata disciplina volta a garantire la sicurezza dei dipendenti<sup>58</sup>.

Nell'art. 2087 c.c. si prescrive all'imprenditore di prendere, nell'esercizio dell'impresa, "le misure che, secondo l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". Questo dovere – in coerenza con la considerazione della salute umana come interesse della collettività oltre che diritto fondamentale dell'individuo (art. 32 cost.) – viene analiticamente declinato in chiave penalistica nel d.legisl. 9 aprile 2008, n. 81, e in diverse leggi speciali (talvolta attuatrici di Direttive europee). In proposito costituisce ormai *communis opinio* una ricostruzione che trova ampio riscontro in giurisprudenza: (a) il principio codificato nell'art. 2087 ha, nel settore, un ruolo di vertice e di chiusura, consentendo di attribuire rilievo, sul piano del diritto, a regole tecniche suscettibili di integrare le norme giuridiche per adattare alla varietà e alle specificità delle concrete condizioni di lavoro<sup>59</sup>; (b) i doveri prescritti agli imprenditori con lo scopo di proteggere l'integrità psicofisica e la personalità morale dei dipendenti rientrano nel contenuto dei rapporti fra le parti, con l'effetto che l'inosservanza di quei doveri – fermo il loro contestuale rilievo collettivo – diviene nei rapporti civilistici fonte di responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.)<sup>60</sup>; (c) quindi, davanti al Giudice del lavoro (competente in forza degli artt. 409 e 413 c.p.c.) il danneggiato che

<sup>58</sup> Sui doveri di protezione in generale v. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 521; ID., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 1; ACHILLE, *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione*, in *Annuario del contratto 2017*, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2017, 129 ss.; DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 15 ss.; VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, *ivi*, 2014, 131 ss.; ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 77 ss.; NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 659; CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988. Sull'obbligo del datore di lavoro di garantire la sicurezza dei suoi dipendenti v. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Trattato Iudica Zatti*, 7 ed., Milano, 2019, 55 s.; GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro: una proposta di ricomposizione*, Torino, 2024, 19 ss.

<sup>59</sup> Cass. 29 marzo 2019, n. 8911; Cass. 12 marzo 2018, n. 5957.

<sup>60</sup> Cass. 29 marzo 2019, n. 8911, cit.; Cass. 9 aprile 2013, n. 8611, cit.; Cass. 17 febbraio 2009, n. 3788.; cfr. PERUZZI, *op. cit.*, 107 ss., 136 ss (dove v. anche i richiami alla giurisprudenza sulla responsabilità penale per difetti delle macchine utilizzate nella produzione).

chieda la condanna dell' imprenditore ha l'onere di provare la condotta antigiuridica di quest'ultimo, i danni sofferti e il rapporto di causalità materiale fra condotta e danni, mentre grava sul convenuto che contesti la domanda attrice la prova di avere osservato tutte le prescrizioni sulla sicurezza<sup>61</sup>; (d) con la responsabilità contrattuale può tuttavia coesistere, rispetto agli stessi fatti, una responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro quando le situazioni giuridiche del dipendente lese consistono in diritti garantiti al di fuori del rapporto lavorativo, perciò il danneggiato ha l'onere di precisare il tipo di responsabilità su cui fonda la domanda risarcitoria<sup>62</sup>.

Con i dati normativi così ricostruiti interferisce il d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modifiche, concernente l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Ai fini di un discorso sull'impiego dei robot come mezzi di produzione rilevano in particolare: 1) l'obbligo dei datori di lavoro che utilizzano macchine (direttamente o tramite incaricati) di assicurarsi contro gli infortuni delle persone addette a esse, o comunque a lavoro nei luoghi dove le macchine vengono impiegate (artt. 1 e 9; sulla indennità dovuta ai dipendenti in caso di infortuni v. gli artt. 66 e 67); 2) il principio secondo il quale, per quegli infortuni, l'assicurazione esonera il datore dalla responsabilità civile, che tuttavia permane “a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato”, e quando la sentenza penale stabilisca che questo sia avvenuto per fatto imputabile a chi il datore di lavoro ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, “se del fatto di essi debba rispondere secondo il codice civile” (art. 10, commi 2 e 3); 3) la norma che esclude il risarcimento del danno “qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che...è liquidata all'infortunato...”, con la correlativa disposizione che, “quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate...(art. 10, commi 6 e 7; risarcimento del cosiddetto “danno differenziale”); 4) il diritto di regresso dell'assicuratore nei confronti della persona civilmente responsabile, al fine di recuperare le somme che ha corrisposto al lavoratore a titolo di indennità e le spese accessorie (art. 11, comma 1).

La portata delle regole riferite e la definizione delle loro interferenze con quelle civilistiche e penalistiche (sia sostanziali che processuali) rivolte alla tutela della salute contro gli infortuni continuano a impegnare studiosi e operatori del diritto. E ciò anche perché bisogna tener conto della sopravvenuta giurisprudenza costituzionale e di importanti innovazioni legislative. Qui basta richiamare alcuni risultati oggi acquisiti: a) il ridimensionamento della norma secondo la quale l'assicurazione esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni: si è chiarito infatti che l'esonero vale limitatamente ai danni coperti dalla indennità di assicurazione, e che quindi l'obbligo risarcitorio permane non solo in caso di condanna penale per l'infortunio ma anche per riparare i danni non coperti da quella indennità (ad esempio, il danno biologico tempo-

<sup>61</sup> Cass. 17 maggio 2024, n. 13762; Cass. 5 aprile 2024, n. 9120; Cass. 19 giugno 2020, n. 12041; Cass. 29 marzo 2019, n. 8911 cit.

<sup>62</sup> Cass. 21 febbraio 2012, n. 2506; Cass. 27 giugno 2011, n. 14107, in *Giust. civ.*, 2012, 2395.

raeano, il danno morale, e le ricadute soggettive del danno biologico)<sup>63</sup>; b) il superamento della pregiudizialità della condanna penale del datore di lavoro ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria relativa al "danno differenziale": appaiono di particolare rilievo in tal senso la pronunzia della Corte costituzionale n. 102 del 1981, e l'abbandono normativo del principio di prevalenza del giudizio penale su quello civile, con la conseguente affermazione della parità e della reciproca autonomia dei due giudizi (circostanze che di solito fanno preferire al danneggiato avviare la causa civile, piuttosto che costituirsi parte civile in sede penale)<sup>64</sup>; c) la piena autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale nell'accertamento della responsabilità (diretta o indiretta) del datore di lavoro e delle sue conseguenze risarcitorie: sin dal 2008 la Suprema Corte ha deciso, a sezioni unite, che entrambe vanno accertate sulla base dei mezzi di prova previsti nella procedura civile, e valutando il nesso di causalità tra fatto ed evento dannoso in senso civilistico<sup>65</sup>.

Pur lasciando determinare agli Stati membri le condizioni e gli effetti della inosservanza delle discipline sulla sicurezza dei prodotti da parte di chi li utilizza, le autorità europee pensano di introdurre norme armonizzatrici che agevolino le persone danneggiate da sistemi di IA ad alto rischio nelle cause risarcitorie senza penalizzare oltre misura i responsabili. Lo testimonia la proposta della Commissione al Parlamento e al Consiglio – coerente con la Direttiva chiamata a sostituire la Direttiva 85/374 – di emetterne un'altra applicabile a ipotesi di danno derivante da un sistema di IA (COM [2022]496)<sup>66</sup>.

In primo luogo, la Commissione suggerisce di consentire ai giudici di ordinare al convenuto – previa richiesta dell'attore che abbia esposto circostanze tali da rendere plausibile la domanda risarcitoria – la divulgazione o la conservazione degli elementi probatori di cui il convenuto dispone in merito al sistema di IA dal quale si sospetta sia derivato il danno (art. 3, par. 1 e 3). Alla inesecuzione dell'ordine i giudici dovrebbero attribuire il valore di presunzione relativa di "non conformità" della condotta del convenuto a un suo pertinente obbligo di diligenza (art. 3, par. 5). In secondo luogo, la Commissione individua delle circostanze dalle quali i giudici sarebbero autorizzati a desumere "l'esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto e l'*output* prodotto da un sistema di IA o la mancata produzione di un *output* da parte di tale sistema" (art. 4, par. 1; la norma ipotizza che il convenuto sia un fornitore oppure un "*deployer*" del sistema, ma con riferimento a quest'ultima evenienza enumera circostanze da cui poter desumere quel nesso di causalità parzialmente diverse: v. il par. 3). Nella proposta si prevede inoltre l'eventualità che la domanda riguardi danni derivanti da un sistema di IA non ad alto rischio; e si precisa che, in quel caso, la presunzione sul nesso di causalità potrebbe valere

<sup>63</sup> Cass. 19 giugno 2020, n. 12041, cit.; Cass. 2 marzo 2018, n. 4972; cfr. GIOVANNONE, *op. cit.*, 289 ss.

<sup>64</sup> Cass. 19 giugno 2020, n. 12041, cit.

<sup>65</sup> Cass. 19 giugno 2020, n. 12041, cit.

<sup>66</sup> Su questa proposta v. FACCIOLI, *La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ.*, 2024, 950 ss.; BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, 153.

solo se i giudici ritenessero “eccessivamente difficile per l’attore dimostrare l’esistenza del nesso di causalità” (art. 4, par. 5). A giudizio della Commissione, i vantaggi ai danneggiati dovrebbero dunque valere solo nei casi di responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 1, par. 2).

Questa limitazione però darebbe alla pur cauta Direttiva proposta (così come alle norme interne che la recepissero) una efficacia modesta nelle azioni di responsabilità intraprese in Italia dalle vittime di infortuni imputabili a chi impiega robot “intelligenti”. Le tutele previste, infatti, non potrebbero giovare a chi chiedesse la condanna del convenuto a risarcire i danni a titolo di responsabilità per inadempimento di obblighi di sicurezza (ai sensi dell’art. 1218 c.c.). Alle vittime degli infortuni quelle tutele potrebbero giovare solo nella misura in cui esse domandassero la condanna del datore di lavoro al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità extracontrattuale; ma questa costituisce una ipotesi di poca consistenza.

Vero è infatti che, secondo una massima consolidata, la vittima di un infortunio potrebbe ottenere dal datore di lavoro il risarcimento del danno a titolo, oltre che di responsabilità contrattuale (art. 2087), di responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.). La possibile coesistenza dei due diversi titoli risarcitori si lega alla constatazione di carattere generale che un medesimo fatto può violare contemporaneamente “sia diritti che spettano alla persona in base al precetto del *neminem laedere* sia diritti che scaturiscono da un contratto o comunque da un particolare vincolo giuridico”<sup>67</sup>. In caso di infortunio sul lavoro – si dice – “il dipendente che abbia subito dei danni personali nello svolgimento delle sue mansioni può agire nei confronti del datore di lavoro in due modi: o, in via extracontrattuale, per il risarcimento del danno consistente nella lesione del suo diritto all’integrità fisica, o, in via contrattuale, per la violazione da parte del datore di lavoro dell’obbligo di tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. La prima azione è basata sul principio generale di cui all’art. 2043 cod. civ.; la seconda sull’obbligo previsto specificamente dall’art. 2087 come parte integrante del contratto di lavoro”<sup>68</sup>. E si aggiunge che il carattere contrattuale della responsabilità non sarebbe escluso dalla evenienza che il danno all’ausiliario fosse dovuto a cose che il datore di lavoro avesse “in custodia”, ai sensi dell’art. 2051 c.c.<sup>69</sup>. Se la vittima non manifesta in maniera espressa al giudice la richiesta di condannare il datore al risarcimento all’uno oppure all’altro titolo, si ritiene doversi presumere che la *causa petendi* della domanda consista nella responsabilità extracontrattuale<sup>70</sup>. Tuttavia l’orientamento riferito andrebbe oggi rivisto, a seguito della larga portata che ha raggiunto la tutela offerta dall’art. 2087 c.c.: a questo ormai si riconduce la garanzia di tutti gli interessi giuridici pregiudicati dall’infortunio, così da togliere all’art. 2043 la capacità di maggior tutela rispetto all’evento dannoso (<sup>71</sup>). Ne co-

<sup>67</sup> Cass, sez. un., 14 maggio 1987, n. 4441, in *F. it.*, 1988, I, 2685, e in *D. lav.*, 1987, II, 544.

<sup>68</sup> Cass., sez. un., 12 marzo 2001, n. 99, in *Danno e resp.*, 2001, 580.

<sup>69</sup> Cfr. Cass. 12 marzo 2018, n. 5957, cit.

<sup>70</sup> Cass. sez. un., 12 marzo 2001, n. 99, cit.

<sup>71</sup> Decisiva è stata Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ.*, 2009, 38, per la quale,

stituisce chiaro indizio l'odierna preferenza delle vittime a far valere davanti ai giudici la responsabilità contrattuale dei convenuti potendo ottenere, in questo caso, la riparazione di qualsiasi specie di danno accertato, senza dover provare anche la colpa dei datori di lavoro (sui quali grava dunque l'onere della prova contraria), e sfuggendo alla prescrizione breve disposta nell'art. 2947 c.c. Quanto, poi, alla ventilata ipotesi della possibilità, per la vittima delle operazioni robotiche, di giovare della responsabilità extracontrattuale oggettiva della controparte in forza dell'art. 2051 c.c., essa sottovaluterebbe il fatto che in tal caso (ferma l'evenienza che il danno sia risarcibile in tutto o in parte per essere il robot difettoso in quanto "prodotto") l'infortunio è dovuto non al robot in sé, o alla sua autonomia, ma al modo in cui viene adoperato dal produttore<sup>72</sup>; quindi l'art. 2051 c.c. appare comunque inapplicabile.

Di fronte a un quadro simile, può dubitarsi che la Direttiva pensata per agevolare la posizione processuale di chi abbia patito danni dall'utilizzo di un sistema di IA gioverebbe davvero alle vittime dell'infortunio nell'impiego del robot. Queste potrebbero avere interesse a invocare la responsabilità extracontrattuale solo nei confronti del fabbricante della macchina e/o del fornitore del connesso sistema di IA se gli infortuni dipendessero da difetti dell'una o dell'altro. Ma in tal caso già beneficerebbero dell'inversione dell'onere della prova in ordine alla colpa del responsabile sulla base della disciplina che regola la responsabilità da prodotto difettoso.

È ben possibile, d'altronde, che, rispetto all'infortunio del lavoratore, la responsabilità extracontrattuale di chi ha fabbricato la macchina e/o di chi la ha fornita di IA (per difetti dell'una e/o dell'altro) concorra con la responsabilità dell'utilizzatore del robot per inadempimento. In questo caso l'obbligo risarcitorio verso il danneggiato avrebbe natura

---

se l'inadempimento determina la lesione di un diritto inviolabile "la tutela risarcitoria del danno potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni"; nella cerchia dei contratti dove la legge include la tutela di interessi fondamentali della persona non suscettibili di valutazione economica ma presidiati da diritti inviolabili la Corte ricomprende espressamente il contratto di lavoro, in cui ricevono tutela l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, e ne deduce che, qualora il datore di lavoro violi l'obbligo di proteggere quegli interessi, al lavoratore è dovuto il risarcimento anche dei danni non patrimoniali, compreso il danno biologico. Evocare il concorso delle due specie di responsabilità è ingiustificato quando la responsabilità contrattuale è sufficiente a coprire tutto l'ambito del danno subito dalla vittima: cfr. Cass. 16 luglio 2017, n. 166545, con riferimento alla vendita di un fondo inquinato rispetto alla quale il compratore lamentava la violazione non solo dell'art. 1490 c.c. ma anche dell'art. 2043 c.c. perché avrebbe dovuto eseguire significative opere di bonifica. Scrive che "l'acquisita responsabilità del danno non patrimoniale da inadempimento sfila ormai un pretesto all'impiego del concorso di responsabilità ANZANI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ.*, 2018, 278.

<sup>72</sup> TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3 ed., Milano, 2021, 365, riconduce all'art. 2051 il "danno da cosa", non anche il danno cagionato dall'uomo nell'utilizzazione di una cosa; che rientra invece nell'art. 2043 se tale utilizzazione non sia pericolosa, o nell'art. 2050 se sia pericolosa. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 466, ammette la responsabilità ex art. 2051 "ogni volta che la cosa non sia strumento di attività ma mero oggetto di godimento o rilevi per sé".

solidale, e fra i debitori si ripartirebbe secondo le rispettive responsabilità, ma sarebbe difficile determinarle, dipendendo esse dalla possibile diversa gravità dell'illecito di ciascuno e dei suoi conseguenti effetti dannosi<sup>73</sup>. Quindi una più accurata formulazione della normativa agevolatoria è senz'altro auspicabile.

## ABSTRACT

Nello scritto si mette in evidenza la natura giuridica dei robot "intelligenti" come prodotti risultanti dalla connessione di un sistema di intelligenza artificiale con un manufatto tangibile. Si segnala il proposito del legislatore europeo di promuovere la diffusione di questo genere di prodotti, fronteggiando al contempo i rischi per la salute delle persone che vengono in contatto con essi. Si osserva che i robot "intelligenti" sono sottoposti alla disciplina sulla immissione nel mercato e sulla circolazione dei prodotti pericolosi; e che – nella misura in cui vengono utilizzati come mezzi di produzione di altri beni così da poter causare danni ai dipendenti di chi li impiega – espongono a responsabilità civile sia chi li ha prodotti sia chi li utilizza nell'attività produttiva.

*The paper highlights the legal nature of 'intelligent' robots as products resulting from the connection of an artificial intelligence system with a tangible artefact. The intention of the European legislator to promote the dissemination of this kind of product, while addressing the health risks for people who come into contact with them, is pointed out. It is noted that 'intelligent' robots are subject to the regulations on the placing on the market and circulation of dangerous products; and that – insofar as they are used as a means of production of other goods so as to cause harm to the employees of those who employ them – they expose both those who have produced them and those who use them in production activities to civil liability.*

---

<sup>73</sup> Cfr. D'ADDA, *op. cit.*, partic. 827 e ss. Si sancisce che, se un fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno nell'art. 2055 c.c. Per la Suprema Corte, il principio vale anche quando le condotte lesive sono "tra loro autonome", e i "titoli di responsabilità" di ciascuna di tali persone divergono, come nel caso in cui coesistano titoli di responsabilità contrattuale e di responsabilità extracontrattuale, "atteso che l'unicità del fatto dannoso non va intesa come identità delle norme giuridiche da esse violate": Cass., sez. un., 27 aprile 2022, n. 13143, in *Resp. civ.*, 2022, 1896; Cass., sez. un., 15 luglio 2009, n. 16503, in *Giust. civ.*, 2010, I, 631.





### Affinità e divorzio: la Corte Costituzionale non interviene sull'art. 78 del codice civile



Francesca Cristiani

Prof. ass. dell'Università di Pisa

**SOMMARIO:** 1. La questione sottoposta alla Corte Costituzionale. – 2. La sentenza della Corte. – 3. La portata espansiva della decisione. – 4. Conclusioni.

#### 1. La questione sottoposta alla Corte Costituzionale

La Prima Sezione della Cassazione Civile, con ordinanza 23 giugno 2023 n. 18064<sup>1</sup> ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 51 Cost., dell'art. 78, comma 3, c.c., nella parte in cui stabilisce che *“l'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati. Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 87, n. 4”*, così prevedendo che il vincolo di affinità permanga per il parente del coniuge divorziato, malgrado il rapporto di coniugio da cui tale vincolo è stato determinato sia oramai sciolto.

La pronuncia della Cassazione è stata mossa dalla considerazione del fatto che la normativa dettata dal Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al d. lgs. n. 267 del 2000 prevede, ai fini della partecipazione ad organismi degli Enti, una incompatibilità per soggetti legati da rapporti familiari.

Nel caso in esame, il riferimento ostativo era costituito da un vincolo di affinità in linea collaterale di terzo grado, vincolo in relazione al quale l'art. 64 del suddetto Testo

<sup>1</sup> Sia consentito rinviare per il commento all'ordinanza, nonché per una più dettagliata descrizione del caso che ha dato origine alla pronuncia, a CRISTIANI, *L'incerta sorte dell'affinità dopo il divorzio*, in questa Rivista, n. 3/2003, 993 ss.

Unico opera, secondo la Cassazione, un implicito rinvio alle regole generali in tema di affinità, ovvero all'art. 78 del codice civile.

Quest'ultima norma, com'è noto, non soltanto definisce il rapporto di affinità, ma, al terzo comma, ne prevede espressamente la cessazione in caso di annullamento del matrimonio e, al contrario, la permanenza in caso di morte di uno dei coniugi.

L'interpretazione letterale dell'art. 78 c.c. comporta che il vincolo di affinità permanga per il parente del coniuge divorziato, malgrado il rapporto di coniugio da cui tale vincolo è stato determinato sia oramai sciolto. Come rilevato dalla Corte rimettente: *“In mancanza di alcuna espressa regola che stabilisca la cessazione del vincolo in una simile evenienza, esso sembrerebbe dover persistere, inalterato, anche in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio”*.

L'assenza di un intervento del legislatore sull'art. 78 c.c. successivamente all'introduzione dell'istituto del divorzio ha determinato infatti, come evidenziato dalla Cassazione, la mancanza di una regola specifica atta a disciplinare la sorte del rapporto di affinità, nei casi di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e, conseguentemente, la sospetta illegittimità della norma, in relazione ai principi costituzionali espressi negli artt. 2, 3 e 51.

Nell'ordinanza di rimessione la Corte, con specifico riferimento alla fattispecie relativa alla incompatibilità che ha dato origine al giudizio, ha posto in evidenza la irragionevolezza di una opzione interpretativa che consentirebbe all'ex coniuge di essere immune da incompatibilità, ravvisando invece quest'ultima in riferimento ai parenti dell'ex-coniuge stesso, perché *“si può parlare di ex-moglie, e non di ex-cognato”*. Ha osservato altresì come tale opzione comporti una inaccettabile limitazione di diritti personali quali l'elettorato passivo, non giustificata dai principi che le previste ipotesi di incompatibilità tendono a garantire, ovvero l'imparzialità ed il buon andamento della Pubblica Amministrazione, certamente non messi in pericolo dall'esistenza di un vincolo scaturito da un rapporto di coniugio al quale i soggetti coinvolti hanno deciso di porre fine, con la conseguente cessazione di tutti gli effetti derivanti da tale rapporto, escluse le ipotesi specifiche previste dalla legge, che, più rilevanti sotto il profilo patrimoniale<sup>2</sup>, rappresen-

---

<sup>2</sup> Il più rilevante e persistente effetto del matrimonio, che sopravvive al divorzio, è certamente costituito dall'assegno divorzile, del quale è molto discussa la natura e il fondamento, in ambito dottrinale, anche in considerazione delle sue diverse applicazioni e modalità operative individuate dalla giurisprudenza nel corso del tempo. In proposito, facendo riferimento soltanto ad alcuni dei contributi più recenti, si vedano in *Giur. It.* 2024, 2221 ss. *L'assegno divorzile tra diritto vivente e prospettive de iure condendo* a cura di AL MUREDEN e BUGETTI i contributi di M. BIANCA, *La solidarietà post-coniugale e il paradosso della funzione esclusivamente compensativa*; BARBAZZA, *La funzione peregrativa dell'assegno: collante dell'istituto e cortocircuiti logici*; RIMINI, *Assegno divorzile e autonomia privata*; C. IRTI, *La liquidazione una tantum: da ipotesi residuale a soluzione auspicabile*; si veda inoltre AL MUREDEN, *La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extramatrimoniale»*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, Napoli, 2023, II, 1419 ss.; in *Divorzio 1970-2020, Una riflessione collettiva*, a cura di CUFFARO, Milano, 2021, cfr. ancora AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra diritto vivente, metodi di calcolo e intelligenza artificiale*, 271 ss.; M. BIANCA, *La perdurante incertezza sulla*

tano casi obiettivamente definibili come residuali, in relazione agli aspetti di natura più propriamente personale<sup>3</sup>.

Nella prospettiva di individuazione di una regola generale, stante il silenzio del legislatore, la Cassazione ha dunque sollecitato la pronuncia della Corte Costituzionale, oggetto delle riflessioni che seguono.

## 2. La sentenza della Corte

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 107 del 2024 ha così deciso:

*“dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 64, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali), nella parte in cui prevede che non possono far parte della giunta, né essere nominati rappresentanti del comune e della provincia, gli affini entro il terzo grado del sindaco o del presidente della giunta provinciale, anche quando l’affinità deriva da un matrimonio rispetto al quale il giudice abbia pronunciato, con sentenza passata in giudicato, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili per una delle cause previste dall’art. 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio)”.*

La decisione della Consulta, come si evince dal dispositivo, muove da una considerazione preliminare volta ad individuare il corretto ambito di riferimento dello scrutinio di costituzionalità. La sentenza afferma che tale esame deve essere

---

*natura dell’assegno divorzile, 325 ss.; FORTINO, La svolta dell’ordinanza n. 289995/2020 sulla funzione dell’assegno di divorzio: bilancio di cinquant’anni e prospettive per il futuro, 349 ss.; VENUTI, Solidarietà postconiugale, assegno di divorzio e autonomia privata, 383. V. altresì, ex plurimis, BALESTRA, La crisi della comunione di vita, in Giust. civ., 2020, 30 ss.; SESTA, Attribuzione e determinazione dell’assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare, in Fam. e dir., 2018, 983 ss.; SPADAFORA, Il prezzo della fine dell’amore tra legge, giudice e contratto, in Dir. fam. e pers., 2020, 1035 ss. Altri effetti del vincolo coniugale, di natura patrimoniale, che persistono dopo il divorzio si riferiscono al trattamento di fine rapporto, alla pensione di reversibilità e alla eventualità della liquidazione dell’assegno post mortem a carico dell’eredità. In merito, tra altri, CAMILLETI, Alcune considerazioni sul diritto dell’ex coniuge divorziato a concorrere sull’indennità di fine rapporto e sulla pensione di reversibilità, in Resp. civ. e prev., 2016, 637 ss.; GIACOBBE e VIRGADAMO, in Trattato di diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco, Le persone e la famiglia, 3, Il Matrimonio Separazione personale e divorzio, tomo II, 55 ss.; RIMINI DANOVÌ SCHLESINGER, Il nuovo divorzio, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu F. Messineo L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2015, 167 ss.*

<sup>3</sup> Tra le conseguenze di natura lato sensu personale che possono sopravvivere al divorzio il legislatore espressamente individua la possibilità per la moglie di conservare il cognome del marito, possibilità che rappresenta certamente una rilevante eccezione rispetto alla perdita degli effetti dello status coniugale. V. in proposito AGOSTINELLI, La conservazione del cognome maritale dopo il divorzio nella prospettiva di un ripensamento del nome di famiglia, in Divorzio 1970-2020, cit., 421 ss.; BUGETTI, in Divorzio (presupposti ed effetti personali), in Enc. Dir., I Tematici, IV, Famiglia, Milano, 2022, 356.

*“condotto in modo tale da riallineare la parte dispositiva dell’ordinanza di rimessione ai più articolati contenuti della motivazione, in cui il sospetto di illegittimità costituzionale viene riguardato come incidente non già sull’art. 78, terzo comma, cod. civ., ma sull’art. 64, comma 4, t.u. enti locali, quale specifica declinazione di una regola che non vive se non nei singoli, e differenti, contesti di riferimento”.*

Per giungere a questa delimitazione dell’oggetto del suo esame, la Consulta valorizza la prospettazione della Corte rimettente, secondo la quale

*“l’art. 78, terzo comma, cod. civ. e l’art. 64, comma 4, t.u. enti locali definiscono, rispettivamente, la regola generale e quella specifica, derivata in via applicativa dalla prima, secondo cui si declina, in termini di permanenza o cessazione, il rapporto di affinità, in caso di scioglimento o cessazione degli effetti del vincolo matrimoniale da cui esso deriva, nella materia delle incompatibilità alle nomine politiche negli enti locali”.*

La lente attraverso la quale la Corte Costituzionale ha così esaminato la questione sottoposta alla sua attenzione ha fatto sì che il *focus* della pronuncia sia stato centrato sulla disposizione specifica del Testo Unico degli enti locali.

La conseguenza di questo angolo visuale è rappresentata da una decisione certamente condivisibile nelle sue conclusioni ma che, tuttavia, lascia qualche insoddisfazione nella misura in cui non colma il vuoto normativo evidenziato dall’ordinanza di rimessione.

In altri termini, la Corte Costituzionale ha ritenuto di dover prendere in considerazione la relazione di affinità “calandola” all’interno dei differenti ambiti di riferimento nei quali svolge il proprio ruolo, centrando l’attenzione sugli effetti, attributivi o limitativi, che conseguono al vincolo e che costituiscono espressione di una scelta del legislatore che opera un

*“bilanciamento tra la condizione di affine e le correlate posizioni di favore o sfavore”.*

La Corte riporta, a titolo esemplificativo di tale bilanciamento operato dal legislatore, la *“materia degli impedimenti al matrimonio, in cui il codice civile distingue tra affinità in linea retta e collaterale (art. 87, primo comma, per le ipotesi, rispettivamente, di cui ai numeri 4 e 5 cod. civ.), per poi prevedere, espressamente solo nella prima ipotesi, la persistenza del divieto anche nel caso in cui l’affinità derivi da matrimonio dichiarato nullo, o sciolto, o per il quale sia stata pronunciata la cessazione degli effetti civili”.*

Nella situazione che ha originato la pronuncia della Consulta, come ben posto in luce dall’ordinanza di rimessione, il valore di riferimento da prendere in considerazione era rappresentato dal diritto all’accesso alle cariche politiche previsto dall’art. 51 della Costituzione come espressione di un diritto inviolabile sancito dall’art. 2, in quanto aspetto essenziale della partecipazione dei cittadini alla vita democratica, con il ruolo di garanzia generale di un diritto politico fondamentale.

Una volta ricondotto alla sfera dei diritti inviolabili il diritto sancito dalla richiamata norma costituzionale, ne discende la possibilità di una sua limitazione – da contenere comunque entro il confine della ragionevole proporzionalità – solo a fronte della corrispondente tutela di altri diritti di rango costituzionale.

Nell’ipotesi in questione – osserva la Consulta – gli interessi costituzionali che vengono in considerazione sono quelli protetti dall’art. 97, che impone al legislatore il compito “di organizzare i pubblici uffici in modo che siano garantiti il buon andamento

e l'imparzialità dell'amministrazione", così da giustificare l'esistenza di una causa di incompatibilità, con la conseguente limitazione dell'accesso ad un ufficio pubblico politico.

Limitazione la quale risulta costituzionalmente legittima in quanto non introduca "differenze di trattamento tra categorie omogenee di soggetti che siano manifestamente irragionevoli e sproporzionate al fine perseguito".

Alla luce di queste considerazioni, la Corte Costituzionale ritiene che l'incompatibilità tra la nomina a componente di Giunta municipale e di Vicesindaco derivante dalla sussistenza di un vincolo di affinità di terzo grado con il Sindaco, vincolo di affinità scaturito da un rapporto matrimoniale sciolto o dichiarato cessato nei suoi effetti civili ex legge n. 898 del 1970, si ponga in contrasto con i canoni di proporzione e di ragionevolezza.

Precisa la Corte che

*"La manifesta irragionevolezza di tale disciplina emerge dall'essere la stessa, nella sua permanente affermazione, del tutto sganciata dalle sorti del rapporto di riferimento, e dalla differenza rispetto alla situazione dell'ex coniuge del sindaco, per il quale la incompatibilità non sussiste",*

riconoscendo pertanto i presupposti per la pronuncia di illegittimità costituzionale della norma di riferimento.

### 3. La portata espansiva della decisione

Come rilevato dalla Cassazione nell'ordinanza di rimessione, la norma che definisce il vincolo di affinità, ovvero l'art. 78 del codice civile, al 3° comma stabilisce che l'affinità non cessa per la morte del coniuge da cui deriva, mentre viene meno in caso di dichiarazione di nullità del matrimonio. Nessuna previsione è contemplata in merito agli effetti della pronuncia di divorzio sulla relazione di affinità.

La "latitanza legislativa" sul punto<sup>4</sup>, evidenziata da molti<sup>5</sup>, originatasi con l'introduzione della legge sul divorzio, è "sopravvissuta" anche ad interventi del legislatore che hanno toccato le norme "contigue" in tema di parentela<sup>6</sup> e che hanno riguardato i rap-

---

<sup>4</sup> L'espressione tra virgolette è di CARBONE, *Divorzio e affinità: una lacuna da colmare*, in *L.N.G.C.C.*, 2023, II, 432 ss.

<sup>5</sup> Si vedano, tra altri, BONILINI, *Manuale di diritto della famiglia*, Torino, 2023, 40; DOSSETTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, in *Il diritto di famiglia. Trattato* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, vol. I, parte II, Torino, 2007, 763; PARISI, *Della parentela e dell'affinità*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016, 213.

<sup>6</sup> Com'è noto, l'art. 74 del codice civile è stato modificato dalla legge n. 219 del 2012, che ha reso gli effetti del rapporto di parentela del tutto indifferenti all'esistenza di un vincolo matrimoniale tra i genitori. In merito cfr. VELLETTI, *La parentela a seguito della riforma (art. 74 c.c., come modificato dall'art. 1, comma 1 della L. n. 219/2012)*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, 2015, 179; LUPO, *La parentela e i suoi effetti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, 2016, vol. I, 48; CAMPIONE, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, III ed., Milano, 2015, sub art. 74, 281 ss.; CRISTIANI, *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino, 2019, 13.

porti *lato sensu* familiari, introducendo anche un nuovo modello di relazione rispetto al quale si è posta problematicamente la possibile insorgenza della relazione di affinità<sup>7</sup>.

Le conseguenze dello scioglimento del matrimonio (o della cessazione dei suoi effetti civili) *ex lege* n. 898/1970 sul rapporto di affinità non hanno, insomma, costituito oggetto di alcuna considerazione da parte del legislatore nella prospettiva di un'eventuale integrazione della norma, a seguito della introduzione del divorzio, che va ad incidere sul rapporto coniugale, così come le ipotesi dell'annullamento e della morte, oggetto invece di espressa considerazione, con effetti rispettivamente opposti.

Come si è avuto modo di evidenziare in occasione del commento all'ordinanza di rimessione<sup>8</sup>, l'assenza di una indicazione espressa ha determinato, in dottrina, due differenti opzioni interpretative in ordine alla sopravvivenza del rapporto di affinità alla pronuncia di divorzio.

Autorevoli voci<sup>9</sup> si sono espresse in senso favorevole alla persistenza dell'affinità, soluzione seguita anche dall'unica – a quanto consta – risalente pronuncia di legittimità<sup>10</sup> sul punto. I sostenitori di questa interpretazione fanno leva, in particolare, sulla efficacia *ex nunc* della sentenza di divorzio che suggerirebbe di equiparare la pronuncia all'evento morte, per il quale espressamente il legislatore esclude il venir meno dell'affinità.

---

<sup>7</sup> Il riferimento è alla discussa questione del vincolo di affinità come conseguenza dell'unione civile, che la lettera della legge n. 76 del 2016 esclude con il mancato richiamo all'art. 78 nell'ambito delle norme del codice civile espressamente dichiarate applicabili anche ai soggetti uniti civilmente. Benché tale indicazione legislativa appaia coerente con la scelta del legislatore di escludere che all'unione civile sia attribuita la stessa capacità espansiva del matrimonio, evitando che chi contraiga un'unione civile possa aspirare alla qualificazione di famiglia ai sensi dell'art. 29 Cost., la stessa risulta in contrasto con la coscienza sociale che attribuisce al rapporto di coppia l'effetto di un ingresso a pieno titolo di ciascun *partner* nella famiglia dell'altro. Precludere al *partner* dell'unione civile di diventare affine dei parenti dell'altro membro della coppia significa infatti escludere qualunque rilevanza giuridica a questo ingresso, negando che l'unione civile possa determinare uno *status* familiare e, oltre a costituire un ingiustificato elemento di discriminazione rispetto al rapporto di coniugio, appare in contrasto con il valore assegnato alla parentela naturale dalla riforma del 2012, che ha "definitivamente sottratto al coniugio l'esclusiva come fattore di parentela": così si esprime CARBONE, *op. loc. cit.* Si vedano, in proposito, AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* (l. 20 maggio 2016 n.76), in *L.N.G.C.C.*, 2016, I, 370; FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, 1387; SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 885; DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016 n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5*, in *L.N.L.C.C.*, 2017, I, 101 ss.; AZZARRI, voce *Unioni civili (diritto civile)*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, 2022, 1340.

<sup>8</sup> Cfr. CRISTIANI, *L'incerta sorte dell'affinità dopo il divorzio*, in questa *Rivista*, cit.

<sup>9</sup> V. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 259; C.M. BIANCA, in *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*. 7<sup>o</sup> ed., a cura di M. BIANCA P. SIRENA, Milano, 2023, 18; DOGLIOTTI, voce *Famiglia (dimensioni della)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, agg. 2019, 177 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. Civ. I, 7 giugno 1978 n. 2848, in *Foro It.*, 1979, I, c. 2927, citata anche dalla ordinanza di rimessione.

Di contrario avviso l'opinione prevalente, che è stata accolta anche da due pronunce di merito<sup>11</sup>. La cessazione del vincolo<sup>12</sup> di affinità in conseguenza del divorzio apparirebbe la logica conseguenza della natura del divorzio stesso, il quale interviene come effetto della volontà di porre fine al rapporto instaurato con il matrimonio. La efficacia “distruttiva” della pronuncia di divorzio sul rapporto coniugale lo renderebbe incompatibile con la sopravvivenza del vincolo di affinità, che di tale rapporto costituisce la proiezione nell'ambito delle relazioni familiari.

Ulteriore argomento a favore della interpretazione volta a parificare nullità e scioglimento del matrimonio sarebbe costituito dalla espressa assimilazione tra le due ipotesi prevista nell'art. 87, n. 4 c.c., a proposito della persistenza dell'impedimento matrimoniale tra affini in linea retta. Tale parificazione indurrebbe a concludere nel senso che il venir meno degli effetti del vincolo di affinità sia la conseguenza naturale di entrambe le fattispecie, salvo che per i casi specificamente contemplati<sup>13</sup>.

A queste due tesi interpretative, di segno opposto, se ne affianca una ulteriore, definita “intermedia”<sup>14</sup>, che propone una soluzione differente in relazione alla tipologia di effetti. Mentre gli effetti preclusivi (divieti e incapacità) sopravviverebbero al divorzio, gli effetti attributivi derivanti dalla relazione di affinità, con il medesimo, verrebbero meno.

La pronuncia della Corte Costituzionale non scioglie il dubbio interpretativo determinato dalla assenza di una regola specifica.

In virtù della preliminare individuazione di dettaglio dell'oggetto dell'esame di costituzionalità, infatti, la stessa non interviene sull'art. 78 c.c., bensì sulla norma che –

<sup>11</sup> V. le pronunce, richiamate dalla Corte di Cassazione, del Tribunale di Grosseto, 9 ottobre 2003, in *Dir. fam. e pers.* 2004, 48 e di Milano, sez. IX, 19 luglio 2017, in *Ilfamiliarista.it*, 17 ottobre 2017, con nota adesiva di A. FIGONE, *Autorizzabile il matrimonio tra affini in primo grado dopo il divorzio*.

<sup>12</sup> Così RIMINI DANOVÌ SCHLESINGER, *op. cit.*, 95; DOSSETTI, *op. loc. cit.*; CATTANEO, *La parentela e l'affinità*, in *Il diritto di famiglia. Trattato* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, cit., 58; ingiustificata la persistenza del vincolo di affinità dopo il divorzio secondo TRABUCCHI, *Gli affini del divorziato: un rapporto che non ha senso*, in *Giur. It.*, 1978, I, 2091 ss. e D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Trattato Rescigno*, IV, tomo III, Torino, 1982, p. 879; A. e M. FINOCCHIARO, in *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 2257, in relazione alla persistenza dell'obbligo alimentare a carico degli affini, contestano l'equiparazione tra morte e divorzio; ritiene che non ci sia ragione per mantenere in vita il rapporto di affinità con i parenti dell'ex-coniuge anche BONILINI, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. I, t. II, *La Famiglia*, Milano, 2009, 81. Nello stesso senso, più recentemente, BUGETTI, *Divorzio (presupposti ed effetti personali)*, cit., 355.

<sup>13</sup> Valorizza la equiparazione che l'art. 87 n. 4 c.c. opera tra scioglimento e nullità del matrimonio SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, X ed., 2023, 349, il quale ritiene che tale norma, introdotta nel 1975, “consenta l'interpretazione estensiva dell'art. 78, comma 3 c.c., il cui testo risale al 1942, e così di equiparare le due distinte fattispecie della nullità e del divorzio anche ai fini dell'estinzione dell'affinità, e, quindi, oltre l'ambito in cui il legislatore l'ha espressamente disposta”. Nello stesso senso E. QUADRI, voce *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1990, 534.

<sup>14</sup> Così CARBONE, *op. loc. cit.*, al quale si può fare riferimento per una più diffusa esposizione della tesi riferita nel testo.

precisa la Corte – costituisce specifica declinazione di quella regola, nel singolo contesto di riferimento, ovvero, nel caso di specie, l'art. 64 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Seppure, dunque, l'effetto della pronuncia non sia quello auspicato di colmare una volta per tutte la latitanza legislativa sul tema, la soluzione accolta dalla Corte, la quale esclude l'incompatibilità all'elettorato passivo in considerazione dell'intervenuta rottura del vincolo matrimoniale, in virtù dell'operazione di bilanciamento tra i diversi interessi sottesi, sembrerebbe aprire la strada verso la necessità della imprescindibile considerazione della sorte del rapporto di riferimento, al fine di "agganciarvi" gli effetti dell'affinità.

In sostanza, la pronuncia della Corte afferma l'opportunità di effettuare una valutazione in concreto sulla eventuale giustificazione della persistenza del vincolo, da modulare nei diversi contesti di riferimento.

Si può dire che la sentenza in commento, ai fini della interpretazione della regola codicistica, offra, allo stesso tempo, una indicazione netta e un criterio orientativo da applicare alle diverse ipotesi concrete.

La pronuncia precisa, infatti – e in questo senso individua un percorso obbligato – che, preso atto della assenza di una regola immediatamente applicabile alla individuazione degli effetti della relazione di affinità in caso di divorzio, è obiettivamente irragionevole che il vincolo, che scaturisce dal rapporto matrimoniale, venga "sganciato" dalle sorti di tale rapporto di riferimento.

Secondo la soluzione prospettata dalla Corte, il criterio da seguire per scegliere la soluzione sarà dettato, in ogni singolo contesto di riferimento applicativo della regola generale dell'art. 78, dalla valutazione su quali possano essere le ragioni giustificative della eventuale sopravvivenza della relazione di affinità rispetto al vincolo matrimoniale venuto meno con il divorzio.

Ragioni giustificative la cui individuazione non può prescindere da una rivalutazione del concetto di affinità che prenda atto della evoluzione della stessa famiglia, nei suoi fondamenti.

L'affinità, infatti, costituisce il riflesso nei confronti della cerchia familiare del vincolo matrimoniale tra i coniugi. Essa rappresenta la proiezione del rapporto di coniugio nei confronti dei parenti rispettivamente dell'uno e dell'altro di essi. Fin dalla sua origine in diritto romano l'affinità è strettamente collegata al *matrimonium sine manu*, con il quale si instauravano rapporti tra un coniuge e i parenti dell'altro e tutt'oggi risulta indiscusso il fondamento matrimoniale dell'affinità.

L'inserimento del marito o della moglie nella famiglia di sangue dell'altro, suggellato con la nascita del rapporto di affinità, determina rilevanti conseguenze sul piano giuridico.

In particolare, gli effetti dell'affinità si apprezzano in relazione agli impedimenti matrimoniali, agli obblighi alimentari, alla legittimazione a proporre azioni in ambito di capacità, nonché in riferimento ad alcune incompatibilità che si riferiscono a rapporti di diritto pubblico ed alla idoneità del notaio a rogare atti, al riconoscimento della facoltà di astensione dal testimoniare ed alla previsione della non punibilità per alcuni reati.

Gli effetti dell'affinità, in sintesi, come osservato dalla Corte, si riassumono nella constatazione che

*“ai differenti ambiti di riferimento, all'interno dei quali la relazione di affinità svolge il proprio ruolo, di volta in volta, di attribuzione o limitazione del diritto, corrisponde un bilanciamento operato dal legislatore tra la condizione di affine e le correlate posizioni di favore o sfavore”.*

In ogni caso, è indubbio che l'affinità rappresenti l'immediato e diretto riflesso della famiglia incardinata sul rapporto coniugale, che originariamente ne costituiva l'unico presupposto.

Al di là dei differenti orientamenti e degli esiti del dibattito dottrinale sul tema, è comunque universalmente condivisa l'opinione che questa concezione di famiglia sia oggi superata, non soltanto nella coscienza sociale, ma anche nel sistema normativo risultante da ripetuti interventi del legislatore.

Non può essere contestato e appare ormai un dato inconfutabile che “l'impianto famiglia” non sia più fondato sul vincolo matrimoniale, quanto piuttosto incardinato e polarizzato sul rapporto di filiazione<sup>15</sup>. Filiazione rispetto alla quale il vincolo matrimoniale tra i genitori rappresenta un elemento tutt'altro che imprescindibile<sup>16</sup>.

Ne consegue, inevitabilmente, un ripensamento del valore della relazione di affinità, della quale, infatti, la dottrina ha colto i segni di una progressiva svalutazione di importanza nella società odierna<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Cfr., tra altri, ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Lo status di figlio*, a cura di P. RESCIGNO, in *Giur. It.*, 2014, 1262 ss.; GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto?*, Napoli, 2016, 15 ss.; PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1309; SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 9, il quale sottolinea come “il matrimonio non si configuri più quale presupposto per dar vita a relazioni *legalmente* familiari, dato che esse sorgono oramai indipendentemente dalla sussistenza del vincolo e, più recentemente, in *Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari*, in *Liber Amicorum per Paolo Zatti*, cit., II, 1858, rileva come il rapporto genitori figli sia quello “sul quale sembra debba essere ricostruito l'intero diritto di famiglia”, al centro del quale – osserva ancora lo stesso Autore, in *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in *N.L.C.C.*, 2023, 1056 – “ci sono i figli minori, i loro legami, i loro interessi”. Pone in luce la centralità del figlio anche nella crisi della famiglia GIARDINA, in *Ruolo e diritti dei figli nella crisi e nella ricostituzione dell'ordine familiare*, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano, Atti del Convegno Ca' Foscari Venezia 11-13 novembre 2021*, a cura di CAMARDI, Padova, 2022, 193. Parla di “diritti riconosciuti al minore in qualsiasi contesto, a prescindere dal modello o dai modelli familiari in cui si trovino inseriti” ASTONE, voce *Minore (relazioni con la comunità familiare)* in *Enc. Dir., I Tematici, IV - Famiglia*, Milano, 2022, 804.

<sup>16</sup> Osserva come “la maggior parte delle giovani coppie consideri il matrimonio come conseguenza solo eventuale di un rapporto che si è venuto consolidando nel tempo” LIPARI, *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in LIPARI PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Milano, 2024, 43.

<sup>17</sup> V., in proposito, E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *L.N.G.C.C.*, 2016, II, p. 1694, il quale pone l'accento sul fatto che “il significato dell'affinità tende ad essere colto essenzialmente in quella prospettiva, ormai superata, che identificava il matrimonio come *alleanza tra famiglie*”.

Il principio, ormai immanente nella coscienza sociale e recepito dalla normativa, è quello di una sempre più limitata forza pervasiva ed efficacia permeante del vincolo matrimoniale, al di fuori dei suoi due protagonisti.

In questa prospettiva deve essere affrontata la problematica relativa alla sopravvivenza dell'affinità rispetto allo scioglimento del vincolo coniugale.

L'introduzione del divorzio, ponendo fine al “punto di emergenza” della famiglia-istituzione rappresentato “dall'indissolubilità del vincolo matrimoniale, che ne comportava una concezione quale realtà trascendente la volontà, gli interessi e i sentimenti dei singoli, e non un loro affare privato”<sup>18</sup>, ha rappresentato il primo grande mutamento legislativo che ha sancito il distacco del costume dal modello delineato dal codice e non espressamente ripudiato dal Costituente, seguito dalla riforma del diritto di famiglia, con la quale si è confermato l'abbandono della visione istituzionale della famiglia e aperto la via alla tutela dell'autonomia e dei diritti dei suoi membri. Negli ultimi decenni, gli ulteriori interventi legislativi hanno confermato la tendenza all'affermazione dei diritti individuali nell'ambito delle relazioni familiari.

Si inserisce in questa prospettiva di sviluppo “la libertà riconosciuta alla coppia di unirsi o sciogliersi, anche per volontà unilaterale, senza insuperabili formalità e limitazioni”<sup>19</sup>, riconosciuta la quale non possono che trarsi logiche conseguente in riferimento agli effetti del rapporto matrimoniale venuto meno. Una volta cessato il vincolo coniugale in virtù di un intervento volontario, promanante dai suoi protagonisti, solo pochi e specificamente individuati sono gli effetti che ne residuano, sia in ambito personale che sotto il profilo patrimoniale.

Effetti che anche recenti interventi normativi sembrano sempre più rivolti ad eliminare, non attribuendo alcuna conseguenza rilevante alla posizione di ex-coniuge<sup>20</sup>.

Il marito e la moglie, infatti a seguito dello scioglimento del vincolo coniugale, ritornano, sostanzialmente, nella posizione di reciproca estraneità precedente alla celebrazione del matrimonio.

Gli effetti del matrimonio, vincolo al quale i coniugi sono arbitri di porre fine, in questa ormai consolidata concezione, sono anch'essi logicamente destinati a cessare a seguito della decisione presa.

<sup>18</sup> Le parole riportate tra virgolette sono di SESTA, in *Verità e relazioni familiari: Roberto Conti intervista Gabriella Luccioli e Michele Sesta*, in *Accademia*, 2024, 598.

<sup>19</sup> Cfr. ancora SESTA, *op. ult. cit.*, 597.

<sup>20</sup> Come più diffusamente rilevato in sede di commento all'ordinanza di rimessione (cfr. CRISTIANI, *La incerta sorte dell'affinità*, cit., 998), nel senso della eliminazione di ogni rilevanza della posizione di ex-coniuge appare il mancato riferimento al *divorziato* come potenziale autore di azioni lesive, idonee a comportare la sospensione dalla successione e quindi possibile destinatario degli effetti dell'art. 463-bis, introdotto dalla legge n. 4 del 2018. Neanche la normativa sull'indegnità, oggetto di modifica nel 2005, nella individuazione delle diverse ipotesi, considerate tassative e insuscettibili di interpretazione analogica, prende in alcuna considerazione l'ex-coniuge come possibile vittima della condotta, penalmente rilevante, posta in essere da chi può essere escluso dalla successione.

Da questa prospettiva deve essere osservato anche l'effetto rappresentato dalla relazione di affinità, il cui destino appare così in certo modo "segnato", ma non scritto, nella rilevata – e persistente – assenza di una disposizione normativa che lo definisca.

La Corte Costituzionale, con la decisione in esame, nel precisare come risulti irragionevole e sproporzionato ritenere permanenti gli effetti del cessato matrimonio con riferimento alla relazione di affinità, che costituisce emanazione e riflesso di un rapporto non più in essere, potenzialmente originando un ingiustificato diverso trattamento per posizioni omogenee, sembra porre le basi perché il solco, già tracciato, della progressiva erosione di rilevanza dell'affinità, si approfondisca con il riconoscimento della intervenuta cessazione dei suoi effetti a seguito del divorzio.

Apparirebbe in contrasto con tale indicazione della Corte e non sarebbe sorretta da obiettive giustificazioni, alla luce della attuale realtà sociale e normativa, una soluzione interpretativa che portasse a valorizzare la pregressa esistenza della relazione di affinità.

In altri termini, benché – come già osservato – la pronuncia in commento non abbia accolto una soluzione diretta ad incidere sulla regola generale dell'art. 78 c.c. ed abbia imposto all'interprete un'analisi, caso per caso, dei diversi ed eventualmente contrastanti interessi che si agitano nei singoli contesti di riferimento, la decisione sembra spalancare ulteriormente la porta – già aperta – verso una valutazione tendenzialmente minimale e ridotta della permanenza degli effetti dell'affinità. Valutazione che potrebbe anche scaturire da ulteriori richieste di esame di costituzionalità che nelle diverse ipotesi normative di volta in volta oggetto di concreta applicazione potrebbero singolarmente essere prospettate.

## 4. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni svolte, si può dire che la pronuncia in commento si sia mossa nel solco ormai tracciato, in considerazione della valenza della relazione di affinità, "calata" nella attuale realtà normativa e sociale, con la profonda evoluzione e i grandi mutamenti dei rapporti familiari intervenuti rispetto all'epoca alla quale risale, immutata, la formulazione dell'art. 78 del codice civile.

La sentenza della Corte ha infatti statuito, con la pronuncia di illegittimità, che il vincolo di affinità, venuto meno con il divorzio, non può essere ostativo all'elezione ad una carica pubblica, essendo irragionevole e ingiustificato che tale vincolo, seppur cessato, determini la limitazione di un diritto costituzionalmente protetto.

Nel bilanciamento di interessi sotteso alla soluzione del caso di specie, è prevalsa la considerazione che la relazione di affinità non può essere presa in considerazione senza agganciarla al rapporto che vi ha dato origine, con la conseguenza che può considerarsi improduttiva di effetti, laddove tali effetti non siano più espressione di una relazione coniugale in essere.

La Corte Costituzionale si è dunque, sotto questo profilo, espressa così come previsto ed auspicato in sede di commento all'ordinanza di rimessione.

In tale occasione, infatti, si era affermato che una soluzione nel senso della permanenza del vincolo di affinità, al di là ed oltre le ipotesi specificamente previste, sarebbe sembrata in contrasto con l'evoluzione della coscienza sociale in relazione al modo di intendere i rapporti familiari, nonché in controtendenza rispetto a scelte legislative, anche recenti, che ne appaiono invece consapevoli.

La pronuncia della Corte merita dunque, certamente, di essere condivisa, in quanto espressione di un corretto inquadramento della relazione di affinità nell'ambito dei rapporti familiari nella società contemporanea. Rapporti nei quali, alla centralità dell'interesse del figlio ed alla preminenza dell'indissolubile vincolo genitoriale<sup>21</sup>, indipendentemente dalla qualificazione in termini di coniugio della relazione tra i genitori, fa da parallelo la constatazione di una sempre maggiore caducità<sup>22</sup> del vincolo coniugale e, conseguentemente, di tutti gli effetti allo stesso riconnessi.

Tuttavia, non si può negare che la decisione della Corte susciti qualche perplessità o, per meglio dire, non risponda alle aspettative nella misura in cui lascia irrisolta la lacuna legislativa da più parti posta in luce ed evidenziata nelle considerazioni svolte dall'ordinanza di rimessione, considerazioni che pure la sentenza in commento, nell'*iter* argomentativo, mostra sostanzialmente di condividere.

È vero che il silenzio del legislatore sul punto potrebbe essere superato in via interpretativa, sulla scorta di una assimilazione del divorzio all'una o all'altra delle ipotesi oggetto di specifica regolamentazione nell'art. 78 c.c., ovvero, rispettivamente all'annullamento del matrimonio o alla morte.

Al silenzio del legislatore si può altresì porre rimedio – e questa è la soluzione accolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza in commento – attraverso una valutazione, da effettuare caso per caso, di bilanciamento degli opposti interessi ravvisabili concretamente, operazione che renda eventualmente giustificata la sopravvivenza degli effetti dell'affinità allo scioglimento del vincolo matrimoniale.

<sup>21</sup> Ricorda SESTA, in *Verità e relazioni familiari*, cit., come “in virtù dello stato unico di figlio, proclamato nel 2012, gli obblighi genitoriali sono identici e non risentono tendenzialmente delle vicende della coppia”.

<sup>22</sup> La dottrina unanimemente ha posto in luce la caducità dei legami familiari fondati sul vincolo coniugale nella società contemporanea, e più in generale, la mobilità e indeterminatezza dei rapporti personali anche nel diritto di famiglia: cfr., tra altri, BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1105 ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.; PARADISO, *op. cit.*, 1306 ss. Sui diversi modelli familiari originati dal divorzio v. AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam e dir.*, 2021, 23 ss. Ancora, in tema, più recentemente, BUSNELLI, *La parabola del matrimonio tra la crisi dell'istituto e la “resilienza” di una istituzionalizzazione familiare*, in *Divorzio e famiglie, mezzo secolo di storia del diritto italiano. Atti del Convegno cit.*, 9 ss.; e, *ivi*, CAMARDI, *Presentazione*, 5; DI NICOLA, *Differenziazione dei modelli familiari e pluralizzazione del legami di coppia*, 81 ss.; FERRANDO, *Divorzio e riforme degli istituti familiari*, 37 ss.; PATTI, *Dall'isola all'arcipelago?*, 49 ss.; SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, 67 ss.

Operazioni interpretative sicuramente prospettabili, ma sempre suscettibili, per loro stessa natura, di contestazione e di obiezioni, più o meno fondate, che ne evidenziano un incontestabile profilo di fragilità e che risultano comunque “disagevoli in una materia così delicata”<sup>23</sup>.

La sussistenza degli effetti dell'affinità, che si dispiegano non soltanto in ambito civilistico, ma anche sotto il profilo penale<sup>24</sup>, in altri termini, non può rimanere affidata ad una soluzione interpretativa da effettuare nel singolo caso, rispetto al quale soltanto, inevitabilmente, è destinata a produrre efficacia.

Non resta, in conclusione, che ribadire l'auspicio di un intervento risolutivo da parte del legislatore.

## ABSTRACT

La Corte Costituzionale pur affermando che la sorte dell'affinità non può essere indipendente dal rapporto coniugale che ne costituisce l'origine, non è intervenuta sull'art. 78 del codice civile. Il contributo si propone di analizzare gli effetti della sentenza che, limitando la declaratoria di illegittimità costituzionale alla norma del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali che prevede l'incompatibilità derivante dal rapporto di affinità, non colma il vuoto legislativo risultante dalla assenza di una regola espressa in relazione alla sorte dell'affinità dopo il divorzio.

*The Constitutional Court declared that the fate of in-law relationships cannot be independent from the marriage which constitutes its origin. However, the Court did not intervene on Article 78 of the Civil Code. The judgment limited the declaration of the constitutional legitimacy to the provision of the Consolidated Law on the organization of local authorities which provides for the incompatibility deriving from in-law relationships. This paper aims to analyze the effects of the judgment, because it does not resolve the issue of destiny relating to in-law relationships after divorce.*

---

<sup>23</sup> Nel senso riportato nel testo si esprime CARBONE, *op. cit.*, 435.

<sup>24</sup> V. ancora CARBONE, *op. loc. cit.*





### Sugli interessi moratori su crediti litigiosi. Note a margine della sentenza delle Sezioni unite n. 12449 del 2024



Fabrizio Piraino

Prof. ord. dell'Università di Palermo

**SOMMARIO:** **1.** *Introibo*. – **2.** Il “contrasto” sulla portata dell’art. 1284, commi 4 e 5, c.c. – **3.** La precedente giurisprudenza in termini. – **4.** La sentenza delle Sezioni unite n. 12449 del 2024. – **5.** Una possibile lettura della pronunzia. – **6.** I presupposti applicativi dell’art. 1284, comma 4, c.c. e la superfluità di una specifica domanda.

#### 1. *Introibo*

Due rinvii pregiudiziali *ex art. 363-bis c.p.c.* hanno investito l’ambito di applicazione degli interessi moratori al tasso maggiorato su crediti litigiosi, introdotto nell’art. 1284 c.c. dall’art. 17, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, contenente “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile”, convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162<sup>1</sup>. In entrambi i casi la prima presidente

<sup>1</sup> Sul punto v. PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell’art. 1284 c.c.*, in *I ritardi nei pagamenti*, a cura di BENEDETTI - PAGLIANTINI, Milano, 2016, 119 ss. e ora BRECCIA - VIGLIONE, *Le obbligazioni*, rist. agg., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA - ZATTI, Milano, 2024, 966, 981-982; ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, Art. 1224 c.c., in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2021, 163 ss. In dottrina si dubita, e legittimamente, sull’idoneità dello strumento della maggiorazione degli interessi a contenere il tasso di litigiosità: v. TRIMARCHI, *Non convince il super-tasso contro l’abuso del processo*, in *Il Sole 24 Ore* del 30 settembre 2014; PARDOLESI - SASSANI, *Il decollo del tasso di interessi: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 66 ss.; CAPORUSSO, *L’ultrattività degli interessi moratori legali: a proposito dell’art. 17 d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in *I ritardi nei pagamenti*, cit., 156 ss.

della Corte di cassazione ha ritenuto di assegnare le questioni alle Sezioni unite, le quali hanno emesso due sentenze: la 7 maggio 2024, n. 12449<sup>2</sup> e la 13 maggio 2024, n. 12974<sup>3</sup>.

La novella dell'art. 1284 c.c. ha introdotto un tasso legale apposito per il calcolo degli interessi moratori a partire alla *mora debendi* aggravata dall'avvio di un procedimento ordinario (ovvero arbitrale)<sup>4</sup>. dall'introduzione del giudizio, variamente etichettati in dottrina e in giurisprudenza<sup>5</sup>: «se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale». La formulazione estremamente generale rischia di rivelarsi generica, lasciando irrisolte alcune fondamentali questioni, quali, ad esempio: l'assenza di un termine di durata per la maturazione degli interessi al saggio maggiorato, a dispetto di quanto previsto dalla versione riformata dell'art. 614-*bis* c.p.c.<sup>6</sup> con riguardo alla comminatoria, la c.d. *astreinte* all'italiana<sup>7</sup>, con l'inevitabile conseguente rischio di abusi<sup>8</sup>; il valore da attribuire all'inciso «se le parti non ne hanno determinato la misura»

<sup>2</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, in *Foto it.*, 2024, I, 1759 ss., con note di SANTARPIA, *Interessi legali: un verdetto che scontenta tutti (dunque, il migliore possibile?)*; di PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera: la rinascita dei super-interessi ex art. 1284, comma 4, c.c.*; e di CAPPONI, *Le sezioni unite 12449/24 e l'esecuzione forzata*; in NGCC, 2024, I, 1152 ss., con nota di commento di CAMARDI, *Il doppio saggio degli interessi legali nell'art. 1284 cod. civ. Modelli di lettura*.

<sup>3</sup> Cass., sez. un., ord., 13 maggio 2024, n. 12974; in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, II, 365 ss., con nota di BOTTONI, *Interessi ex art. 1284 comma 4 c.c.: ambito di operatività e rapporto con i crediti di lavoro*. Entrambe le pronunzie sono commentate da FERRERI, *L'ambito di applicazione dei "super-interessi" previsti dall'art. 1284, comma 4, c.c.: l'occasione (parzialmente) persa dalle Sezioni Unite per fare chiarezza*, in *Pactum online*, 1° ottobre 2024, 1 ss.

<sup>4</sup> Sul punto v. DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie: sull'ambito di applicazione dei commi finali dell'art. 1284 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2024, 35 ss.

<sup>5</sup> Si è soliti infatti indicare tali interessi come «processuali» (ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 164); o «pendente lite» (CARNEVALI, *Il saggio degli interessi pendente lite e il risveglio dell'inflazione*, in *Contratti*, 2022, 609; *Id.*, *Il saggio degli interessi legali pendente lite: una importante pronuncia della Cassazione sull'ambito di applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c.*, *ivi*, 2023, 585; *Id.*, *Indennizzi assicurativi, controversia giudiziale e interessi legali ex art. 1284, comma 4, c.c.*, *ivi*, 2024, 99); o ancora come «super-interessi» (BIVONA, *Gli interessi moratori legali su "crediti litigiosi" tra efficienza del processo ed effettività della tutela giurisdizionale*, in NGCC, 2023, 1098 e Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit.) oppure interessi «maggiorati» (CAPPONI, *L'art. 1284, comma 4, c.c. e l'esecuzione forzata*, in *Judicium*, 2023, 1 ss.).

<sup>6</sup> Ci si riferisce alla modifica dell'art. 614-*bis* c.p.c. operata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. Riforma Cartabia).

<sup>7</sup> L'art. 614-*bis*, comma 1, c.p.c., ultimo periodo, prevede che «il giudice può fissare un termine di durata della misura, tenendo conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile».

<sup>8</sup> Rischi segnalati da DE MENECH, *Le Sezioni Unite sul perimetro operativo degli interessi moratori in pendenza di lite*, in corso di pubblicazione, letto in anteprima per cortesia dell'autrice, § 1; ma già *Id.*, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*. Studio per una teoria dei «danni punitivi», Milano, 2019, 381 ss., la quale propone come strumento di reazione agli abusi la riduzione giudiziale dell'entità

degli interessi moratori, di cui il meno che si può dire è che la pattuizione di un tasso convenzionale degli interessi moratori va qualificato come fatto impeditivo del decorso degli interessi maggiorati<sup>9</sup>, restando irrisolto se ciò comporti la circoscrizione degli interessi maggiorati alle sole obbligazioni pecuniarie *ex contractu*, in quanto le uniche cui potrebbe applicarsi tale elemento impeditivo<sup>10</sup>. Per non parlare poi della mancata rilevanza, ai fini del decorso degli interessi maggiorati, riservata alla buona fede soggettiva del debitore inadempiente, il quale non sempre intende speculare sul proprio inadempimento<sup>11</sup>.

## 2. Il “contrasto” sulla portata dell’art. 1284, commi 4 e 5, c.c.

La questione decisa dalla sentenza n. 12449 del 2024 è sostanzialmente se in sede di esecuzione il giudice possa dare attuazione a un precetto che contenga la determinazione degli “interessi legali”, riconosciuti nel titolo esecutivo giudiziale, nella misura maggiorata stabilita dell’art. 1284, commi 4 e 5, c.c., pure in assenza di una specificazione, contenuta nel titolo esecutivo, in ordine alla circostanza che gli “interessi legali” riconosciuti dal giudice dell’esecuzione siano proprio quelli al tasso maggiorato. L’alternativa è, dunque, se operi l’automatismo per cui, dal giorno dell’incardinamento del giudizio, gli interessi vadano calcolati al tasso maggiorato di cui all’art. 1284, commi 4 e 5, c.c., oppure sia necessario un accertamento più ampio che non si limiti all’individuazione del momento a partire dal quale il credito pecuniario può considerarsi litigioso.

della prestazione pecuniaria *ex art. 1227 c.c.* nell’ambito di una opposizione all’esecuzione del debitore, attribuendo rilievo all’inerzia maliziosa del creditore nell’instaurare il processo esecutivo con l’obiettivo di lucrare sull’incremento degli interessi maggiorati.

<sup>9</sup> Così GAMBINO, *Obbligazioni pecuniarie e tasso di interesse commerciale*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di GRANELLI, Milano, 2024, in corso di pubblicazione.

<sup>10</sup> Così Cass., 9 maggio 2022, n. 14512, in *Giur. it.*, 2023, 325, con nota di GIRARDI, *La Cassazione torna sull’art. 1284, 4° comma, c.c.: un discutibile diritto da poco vivente*; Cass., ord., 14 maggio 2021, n. 13145; Cass., 12 novembre 2019, n. 29212; Cass., 25 marzo 2019, n. 8289, in *Foro it.*, 2020, I, 692 ss., con nota critica di PARDOLESI - SASSANI, “Abbiamo scherzato?”. *Saggio dell’interesse legale e domanda giudiziale (ovvero politica del diritto versus diritto)*; Cass., 21 marzo 2019, n. 8050; Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Interessi*, n. 5. *Contra* PARDOLESI - SASSANI, *Il decollo del tasso di interessi: processo e castigo*, cit., 66 ss.; SICCHIERO, *Limiti di applicabilità del quarto comma dell’art. 1284 c.c.: una lettura non condivisibile*, in *Ricerche giuridiche*, 2019, 151 ss. a margine di Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, cit.; ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 166 s.; CARNEVALI, *Il saggio degli interessi pendente lite e il risveglio dell’inflazione*, cit., 611 s.; CAPPONI, *L’art. 1284, comma 4, c.c. e l’esecuzione forzata*, cit., 1 ss.; nonché Cass., ord., 3 gennaio 2023, n. 61.

<sup>11</sup> Questo aspetto è stato messo in rilievo da CAPORUSSO, *L’ultrattività degli interessi moratori legali*, cit., 156; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, in *Corr. giur.*, 2014, 1182; SANTARPIA, *Interessi legali: un verdetto che scontenta tutti (dunque, il migliore possibile?)*, cit., 1761.

In realtà, in seno alla giurisprudenza della Cassazione non si è registrato un vero e proprio contrasto sulla questione appena prospettata<sup>12</sup>. In effetti, un orientamento ritiene la formula dei commi 4 e 5 dell'art. 1284 c.c. chiara nel predeterminare la misura degli interessi legali, nel caso in cui il credito venga riconosciuto da una sentenza a seguito di un giudizio anche arbitrale, senza necessità di un'apposita precisazione del loro saggio in sentenza, e, di conseguenza, le impugnazioni che denunciano l'omesso riconoscimento da parte del giudice del merito degli interessi legali di cui al quarto comma vanno respinte in quanto il provvedimento di cognizione va considerato integrato dall'art. 1284, commi 4 e 5, c.c.<sup>13</sup>. Un diverso orientamento reputa, invece, che in sede di esecuzione forzata fondata su titolo esecutivo giudiziale, nel quale il giudice della cognizione abbia omesso di indicare la specie degli interessi che ha comminato, limitandosi alla generica qualificazione degli stessi in termini di «interessi legali» o «di legge», si devono ritenere liquidati soltanto gli interessi di cui all'art. 1284, comma 1, c.c. Il fondamento di questa conclusione risiede nella portata generale di questa ultima disposizione, rispetto alla quale le altre ipotesi di interessi previste dalla legge, le quali hanno, invece, natura speciale, sicché l'applicazione di una qualsiasi delle varie ipotesi di interessi legali, diversi da quelli dell'art. 1284, comma 1, c.c., presuppone l'avvenuto accertamento degli elementi costitutivi della relativa fattispecie speciale e, se dal titolo non emerge un siffatto accertamento, non è consentita l'integrazione in sede esecutiva, ma è esperibile soltanto il rimedio dell'impugnazione<sup>14</sup>. Soltanto Cassazione 4 agosto 2023, n. 23846 si è pronunciata sul rapporto fra il primo comma dell'art. 1284 e i commi quarto e quinto, peraltro limitandosi ad affermare che il tasso che trova applicazione è quello del primo comma<sup>15</sup>; mentre tutti gli altri provvedimenti di questo indirizzo hanno affrontato il diverso problema del rapporto tra l'art. 1284, comma 1, c.c. e la norma speciale contenuta nel d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231. Com'è noto, il d.lgs. 231/2002 ha attuato le due direttive che si sono susseguite nella materia del contrasto dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, vale a dire le dir. 2000/35/CE e 2011/7/UE. L'art. 2 lett. a) d.lgs. 231/2002 definisce le transazioni commerciale come «i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo». Gli strumenti normativi di contrasto dei ritardati pagamenti, deputati a scongiurare che debitori-parti contrattuali forti possano procurarsi liquidità aggiuntiva a danno dei propri creditori, vengono dalla normativa di origine europea individuati: a) nella fissazione di un termine

<sup>12</sup> Non a caso Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 1 parla di “contrasto latente” tra i due orientamenti.

<sup>13</sup> Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, cit.; Cass., ord. 25 marzo 2019, n. 8289, cit.; Cass., ord. 20 gennaio 2021, n. 943, *ForoPlus*.

<sup>14</sup> Cass., 27 settembre 2017, n. 22457, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 32; Cass. 23 aprile 2020, n. 8128, *ForoPlus*; Cass., 25 luglio 2022, n. 23125, *ForoPlus*; Cass., 14 luglio 2023, n. 20273, in *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Obbligazioni in genere*, n. 46.

<sup>15</sup> Cass., 4 agosto 2023, n. 23846, in *Foro it.*, Rep. 2023, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 81.

massimo di pagamento (art. 4 d.lgs. 231/2002), prorogabile sia a 60 giorni, senza possibilità di deroga nei rapporti con la p.a. e invece suscettibile di deroga invece nei rapporti tra privati, purché la deroga non risulti gravemente iniqua a pena di nullità parziale di protezione (art. 7 d.lgs. 231/2002); b) nella commisurazione degli interessi moratori a un tasso legale particolarmente severo, pari al tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali (art. 2, lett. f) d.lgs. 231/2002), maggiorato di otto punti percentuali (art. 2 lett. e) d.lgs. 231/2002); c) nel riconoscimento del rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte (art. 6 d.lgs. 231/2002); d) nella nullità delle clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, ove esse risultino gravemente inique in danno del creditore; e) nel riconoscimento al debitore del diritto al risarcimento del danno in caso di prassi gravemente inique per il creditore relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero (art. 7-bis d.lgs. 231/2002). Ora, è evidente l'incomparabilità delle previsioni speciali sommarimente ricapitolate con la previsione del tasso maggiorato contenuta nell'art. 1284, comma 4 e 5, c.c. Qui il rinvio alla normativa sui ritardi di pagamento è circoscritto all'individuazione della misura del tasso maggiorato, ricalcato sul quello speciale (tasso c.d. refi + 8%). Non è necessario, quindi, l'accertamento giudiziale degli altri elementi condizionanti l'applicazione della normativa speciale, vale a dire l'origine del credito pecuniario da una "transazione commerciale" e la natura della prestazione caratterizzante del contratto di cui il credito pecuniario costituisce il corrispettivo (la prestazione di consegna di merci o di erogazione di servizi)<sup>16</sup>.

La questione su cui avrebbe dovuto pronunziarsi la sentenza del 13 maggio 2024, n. 12974 verteva, invece, non già sulla mancata specificazione nel titolo esecutivo giudiziale della natura degli interessi imposti, bensì sull'estraneità o meno delle obbligazioni pecuniarie nascenti da rapporti di lavoro all'ambito applicativo dell'art. 1284, comma 4, c.c. Il condizionale è d'obbligo dal momento che le Sezioni unite hanno dichiarato inammissibile il rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* proprio applicando il principio di diritto enunciato nella sentenza n. 12449 del 2024, sulla quale, pertanto, bisogna concentrare l'attenzione. Non prima, però, di avere illustrato, per brevissimi cenni, i precedenti della Suprema corte sull'ambito di applicazione dell'art. 1284, commi 4 e 5, c.c.

### 3. La precedente giurisprudenza in termini

La Cassazione ha inizialmente escluso che gli interessi moratori maggiorati possano applicarsi ai debiti pecuniari nascenti da atto illecito e da disposizione di legge,

<sup>16</sup> In tal senso v. DE MENECH, *Le Sezioni Unite sul perimetro operativo degli interessi moratori in pendenza di lite*, cit., § 3.

facendo proprio leva sull'esordio dell'art. 1284, comma 4, c.c. che, individuando come elemento impeditivo all'applicazione della norma la pattuizione del tasso degli interessi moratori, suggerisce di circoscrivere il tasso legale maggiorato alle sole obbligazioni di fonte contrattuale. Osserva la Suprema corte che «il cenno alla convenzione tra le parti sul punto lumeggia come la *voluntas legis* sia diretta a colpire l'inadempienza, rispetto ad un obbligo liberamente e pattiziamente assunto, anche mediante l'abuso del processo come mezzo per prolungare ai danni del creditore la soddisfazione del suo diritto. Quindi si deve concludere che la norma di cui all'art. 1284 c.c., comma 4, disciplina il saggio degli interessi legali – e come tali dovuti automaticamente senza necessità di apposita precisazione del loro saggio in sentenza – applicato a seguito d'avvio di lite sia giudiziale che arbitrale però in correlazione ad obbligazione pecuniaria che trova la sua fonte in un contratto stipulato tra le parti, anche se afferenti ad obbligo restitutorio. Viceversa in relazione alle obbligazioni pecuniarie derivanti dalle altre fonti indicate in art. 1173 c.c., detta disciplina non risulta applicabile poiché nemmeno in astratto è possibile ipotizzare un previo accordo tra le parti interessate circa il saggio d'interesse o le conseguenze dell'inadempimento»<sup>17</sup>. Nello stesso senso la Suprema corte si è pronunciata anche più di recente, ribadendo la limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 1284, comma 4, c.c. alle sole obbligazioni di fonte contrattuale, interpretando la previsione come «una chiara eccezione prevista esclusivamente per l'ipotesi in cui gli interessi costituiscano accessorio di un debito nascente da un negozio giuridico, con la conseguenza che essa non si applica all'indennizzo per irragionevole durata del processo, che non ha fonte negoziale»<sup>18</sup>.

La giurisprudenza di merito ha invece avuto modo di mettere a fuoco che non è sufficiente che l'obbligazione pecuniaria inadempita, oggetto di domanda giudiziale, si riallacci a un rapporto negoziale, essendo necessario che l'obbligazione non sia, per così dire, di fonte legale e di natura rimediabile, trovando nel negozio la sua fonte diretta e non già mediata. Ecco perché la prevalente giurisprudenza di merito ha escluso l'applicazione degli interessi moratori maggiorati al contenzioso bancario relativo alle obbligazioni restitutorie da ripetizione dell'indebito<sup>19</sup>.

L'argomento principale a sostegno di tale conclusione dovrebbe essere ricavato proprio dalla natura rimediabile di tali obbligazioni, dato che, sino all'emissione della senten-

<sup>17</sup> Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, cit.

<sup>18</sup> Cass., 9 maggio 2022, n. 14512, cit.; nonché Cass., ord., 14 maggio 2021, n. 13145; Cass., sez. lav., 12 novembre 2019, n. 29212; Cass., 25 marzo 2019, n. 8289, cit.; Cass., 21 marzo 2019, n. 8050, cit.

<sup>19</sup> Cfr., tra tante, Corte Appello di Venezia, 1° febbraio 2023, n. 232, secondo cui l'art. 1284, comma 4, c.c. «trova applicazione per i soli crediti di natura contrattuale, e non anche per quelli sorti *ex lege*, quale il credito per la ripetizione di un indebito oggettivo. Ciò si desume dall'espresso richiamo alla disciplina delle transazioni commerciali, che per l'appunto concerne i crediti che hanno fonte nel contratto. Solo con riferimento ai crediti contrattuali può infatti estendersi la ratio della disciplina speciale, volta a contrastare, con la mora automatica e l'elevato saggio d'interesse, i ritardi nei pagamenti, in considerazione del pregiudizio arrecato al sistema economico dalla prassi, invalsa tra le imprese, di ritardare l'adempimento per trattenere e beneficiare della liquidità».

za, non si configura alcun credito certo, liquido ed esigibile in capo al cliente che possa dirsi inadempito. Lo spunto della giurisprudenza merita di essere approfondito.

Gli interessi legali che sorgono sulle somme ripetute (art. 2033 c.c.) dal giorno della richiesta di restituzione, se l'*accipiens* è in mala fede, e dal giorno della domanda, se invece è in buona fede, rivestono non già natura moratoria, in quanto non reagiscono a un inadempimento della banca, ma natura corrispettiva del godimento della somma da parte dell'*accipiens* nel tempo reso necessario per riottenerla dal *solvens*, nel senso delineato dall'art. 1282 c.c., e pertanto rientrano nel perimetro della restituzione, non assolvendo alla funzione di risarcimento del lucro cessante<sup>20</sup>. La tradizione collega questa corrispettività di fonte legale alla naturale fecondità del danaro (*pecunia parit pecuniam*), di cui v'è un'eco nell'art. 820, comma 3, c.c.; ma si tratta di una semplificazione di un carattere più complesso dei sistemi economici capitalistici: la multifunzionalità del danaro, che si presta a operare come strumento di pagamento, come mezzo di scambio e come riserva di valore, comporta che la mera disponibilità di danaro altrui esiga una remunerazione. E tale remunerazione non opera soltanto nelle ipotesi di volontaria messa a disposizione del danaro da parte del titolare. Essa scatta in ragione dell'oggettivo fatto di aver avuto a disposizione una somma di danaro altrui e si determina in funzione del tempo in cui si è avuta tale disponibilità. È, dunque, la remunerazione del vantaggio di liquidità in sé. Ne consegue che, anche nel caso delle somme indebitamente trattenute, ancorché il danaro non sia stato messo a disposizione del debitore-*accipiens* volontariamente, scatta la remunerazione a favore del creditore per lo meno dal giorno della domanda di restituzione sino al soddisfo.

Sull'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. all'indebito invocato dal correntista, la Suprema corte ha modificato il proprio orientamento riconoscendo all'obbligazione di ripetizione dell'indebito della banca nei confronti del correntista, avente ad oggetto gli importi illegittimamente trattenuti dalla prima sulla base di clausole contrattuali nulle, natura di obbligazione fondata sul rapporto contrattuale tra istituto di credito e cliente. Si tratterebbe, in altre parole, di un'azione restitutoria relativa all'inadempimento di un accordo contrattuale e, di conseguenza, il relativo credito rientrerebbe nel perimetro applicativo dell'art. 1284, comma 4 c.c.<sup>21</sup>. A dire il vero, l'ordinanza si spinge più in là delle

<sup>20</sup> Cfr. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA - BRANCA, Bologna-Roma, 1980, 164-165 e nt. 5.

<sup>21</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, n. 4, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2024, II, 23 ss., con nota di DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie: sull'ambito di applicazione dei commi finali dell'art. 1284 c.c.*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 5, 1094 ss., con nota di BIVONA, *Gli interessi moratori legali su "crediti litigiosi" tra efficienza del processo ed effettività della tutela giurisdizionale*; in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 3, 801 ss., con nota di CALONI, *Interessi ai sensi dell'art. 1284, comma 4, c.c. e obbligazioni di fonte non contrattuale*; in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile a cura di GRANELLI*, Milano, 2024, 384 ss., con nota di GAMBINO, *Obbligazioni pecuniarie e tasso di interesse commerciale*. Da segnalare è il passo della motivazione in cui l'ordinanza chiarisce che vanno considerate obbligazioni pecuniarie di fonte negoziale anche le «obbligazioni restitutorie derivanti dalla eventuale invalidità di un contratto o di determinate clausole contrattuali che ab-

obbligazioni restitutorie che si riallacciano a un rapporto contrattuale e, in quello che è stato etichettato come un ripensamento<sup>22</sup> da parte dei giudici di legittimità, adotta una *ratio decidendi* che fa leva sull'ambito di applicazione generalizzato degli interessi maggiorati previsti dall'art. 1284, comma 4, c.c., esprimendo il convincimento che «la disposizione di cui all'art. 1284 c.c., comma 4, individui il tasso legale degli interessi, in linea generale, per tutte le obbligazioni pecuniarie (salvo diverso accordo delle parti e salva diversa espressa previsione di legge), per il periodo successivo all'inizio del processo avente ad oggetto il relativo credito, fino al momento del pagamento»<sup>23</sup>. In tal senso deporrebbe, per la Suprema corte, la *ratio* della disposizione individuata, così come evidenziato in dottrina<sup>24</sup>, nell'obiettivo di «contenere gli effetti negativi della durata dei processi civili, riducendo il vantaggio, per il debitore convenuto in giudizio, derivante dalla lunga durata del processo, attraverso la previsione di un tasso di interesse più elevato di quello ordinario, dal momento della pendenza della lite: si tratta evidentemente di una disposizione (*lato sensu* “deflattiva” del contenzioso giudiziario), che ha lo scopo di scoraggiare l'inadempimento e rendere svantaggioso il ricorso ad inutile litigiosità»<sup>25</sup>. Un'ulteriore conferma si ricaverebbe dagli argomenti topografico e letterale: la norma sugli interessi maggiorati è inserita nell'art. 1284 c.c., che è la disposizione deputata a regolare il saggio legale degli interessi per tutte le obbligazioni, e, per di più, la formulazione del comma 4 non contiene alcuna espressione che circoscriva l'ambito di applicazione ad alcune

---

biano dato luogo a prestazioni rimaste prive di causa (cd. *condictio ob causam finitam*). Orbene, la specifica obbligazione oggetto del titolo esecutivo posto a base del precetto opposto, qualunque natura si possa attribuire all'azione esperita dalla società attrice nel sottostante giudizio di merito ed al *genus* cui essa potrebbe in astratto ricondursi, è certamente un'obbligazione che trova la sua fonte in un sottostante rapporto contrattuale. Per quanto emerge dagli atti, infatti, si tratta del credito al pagamento del saldo attivo di un rapporto bancario in conto corrente, in favore del correntista, quindi di un credito certamente di fonte negoziale, in quanto esso trova titolo nel rapporto contrattuale tra banca e cliente. Il fatto che alla base della (ri)determinazione del predetto saldo vi sia stato il riconoscimento della illegittimità di una serie di addebiti effettuati dalla banca sul conto non muta certamente tale natura. In ogni caso, per quanto più sopra esposto, deve ritenersi che anche la mera azione di ripetizione di indebito eventualmente esperita dal correntista per ottenere la restituzione di importi illegittimamente trattenuti dalla banca sulle sue disponibilità, sulla base di clausole contrattuali dichiarate nulle, costituirebbe, comunque, un'azione restitutoria che trova la sua base nel rapporto contrattuale tra banca e cliente (*condictio ob causam finitam*), cioè si tratterebbe, in ogni caso, di un'azione restitutoria relativa all'inadempimento di un accordo contrattuale.

<sup>22</sup> DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie*, cit., 31.

<sup>23</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 2.

<sup>24</sup> CARNEVALI, *Il saggio degli interessi pendente lite e il risveglio dell'inflazione*, cit., 609; CAPORUSSO, *L'ultrattività degli interessi moratori legali*, cit., 151 s.; RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, 385 s.; e sia concesso anche il rinvio a Piraino, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, cit., 136 ss.

<sup>25</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 2.

categorie soltanto di obbligazioni<sup>26</sup>. L'ordinanza si discosta apertamente dal precedente orientamento, sopra ricordato, che traccia il perimetro dell'art. 1284, comma 4, c.c. contenendolo alle sole obbligazioni pecuniarie di fonte contrattuale, anche di contenuto restitutorio, facendo leva sulla marcata specialità dell'ambito in cui tale orientamento<sup>27</sup> si è venuto formando, ossia l'obbligazione indennitaria gravante sullo Stato in caso di eccessiva durata di un procedimento giudiziale, ai sensi della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e della l. n. 89 del 2001<sup>28</sup>. L'ordinanza n. 61 del 2023 confuta il principale argomento adoperato dall'orientamento precedente, che è incentrato sul rilievo di sistema per cui un'interpretazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. generalizzata a tutte le obbligazioni finirebbe per fare di tale norma un'inutile ripetizione della norma sugli interessi moratori sancita nell'art. 1224 c.c. La Suprema corte traccia un rapporto di sequenzialità tra l'art. 1224 e l'art. 1284, comma 4, c.c., in virtù del quale la prima norma contempla il tasso di interessi applicabile dal giorno della mora, che può ovviamente essere anteriore a quello di inizio del processo, mentre la seconda riguarda invece solo il tasso degli interessi di mora per il periodo successivo all'inizio del processo. Ne consegue che le due disposizioni hanno un campo di applicazione differente, il che esclude che possano essere una la duplicazione dell'altra<sup>29</sup>. Ancora più interessante è l'argomento ulteriore – invero formulato con qualche ambiguità – che si appunta sul significato da attribuire all'*incipit* dell'art. 1284, comma 4, c.c.: «Se le parti non ne hanno determinato la misura». Secondo l'ordinanza, l'accordo tra debitore e creditore previsto in tale inciso non si riferisce alla pattuizione convenzionale del tasso degli interessi moratori, tipica dei contratti di finanziamento, ma a uno specifico accordo relativo proprio al tasso degli interessi dopo l'introduzione del giudizio. Ne discende la previsione del tasso convenzionale degli interessi moratori *ante iudicium* non esclude di per sé l'applicazione del tasso legale maggiorato di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. E, pertanto, «se le parti avessero previsto un tasso di interesse di mora superiore al tasso legale ordinario (cioè a quello dell'art. 1284 c.c., comma 1), ma inferiore a quello cd. commerciale, in mancanza della clausola di salvezza prevista nella parte iniziale dell'art. 1284 c.c., comma 4, dovrebbe operare quello fissato dalle parti per il periodo di mora anteriore al processo e, poi, quello dell'art. 1284 c.c., comma 4, per il periodo del processo: in base all'*incipit* dell'art. 1284, comma 4, invece, se vi è un accordo delle parti sul tasso di mora, va applicato tale tasso, anche dopo l'inizio del processo»<sup>30</sup>. L'ordinanza ridimensiona, inoltre, la rilevanza sistematica dell'inciso dell'art. 1284, comma 4, c.c., sulla base dell'argomento per cui, avendo gli artt. 1224 e 1284, comma 4, c.c. ambiti di applicazione differenti, appare ragionevole sul piano interpretativo che nell'art. 1284 c.c., comma 4, si sia inteso specificare e riba-

<sup>26</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 2.

<sup>27</sup> Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, cit.; Cass. 25 marzo 2019, n. 8289, cit.; Cass. 21 marzo 2019, n. 8050, cit., cit.; Cass., 9 maggio 2022, n. 14512, cit.

<sup>28</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 3.

<sup>29</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 3.1.1.

<sup>30</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 3.1.1.

dire espressamente (con specifico riguardo al campo di applicazione di tale norma) che la volontà delle parti sulla determinazione del tasso degli interessi di mora prevale sul tasso legale di regola previsto per il periodo di tempo successivo all'inizio del processo, senza che ciò imponga allora di considerare l'art. 1284, comma 4, c.c. applicabile soltanto alle sole obbligazioni di fonte negoziale, che rappresentano il campo d'elezione delle convenzioni sul tasso degli interessi moratori<sup>31</sup>. Campo d'elezione ma non anche esclusivo, giacché per la Cassazione nulla osta a che le parti stabiliscano, con una apposita convenzione successiva al sorgere dell'obbligazione non derivante da rapporto contrattuale, ed eventualmente anteriore al processo, un tasso degli interessi di mora diverso da quello legale "ordinario" di cui all'art. 1284 c.c.<sup>32</sup>. La conseguenza da trarne consiste, quindi, nell'assegnare all'inciso dell'art. 1284, comma 4, c.c. il valore normativo di qualificare la previsione del tasso legale degli interessi su crediti litigiosi come derogabile e non anche quello di delimitarne l'ambito di applicazione alle sole obbligazioni di fonte negoziale<sup>33</sup>.

#### 4. La sentenza delle Sezioni unite n. 12449 del 2024

La sentenza delle Sezioni unite n. 12449 del 2024 affronta – come si è anticipato – la questione di diritto se in sede di esecuzione forzata, anche solo minacciata, fondata su titolo esecutivo giudiziale, qualora il giudice della cognizione abbia ommesso specificare la tipologia degli interessi al cui pagamento ha condannato il debitore, limitandosi alla loro generica qualificazione come "interessi legali" o "di legge" ed eventualmente indicandone la decorrenza da data anteriore alla proposizione della domanda, si debbano ritenere liquidati soltanto gli interessi di cui all'art. 1284, comma 1, c.c. oppure, a partire dalla data di proposizione della domanda, possano ritenersi liquidati anche quelli di cui al quarto comma del predetto articolo. E, come si avrà modo di verificare, la soluzione della questione è fortemente influenzata dall'incertezza sull'ampiezza dell'ambito di applicazione degli interessi maggiorati, la cui proiezione giurisprudenziale è stata sommariamente riepilogata nel precedente paragrafo. La premessa della decisione è costituita dai poteri del giudice dell'esecuzione, circoscritti all'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale

<sup>31</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 3.1.2.

<sup>32</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 3.1.3.

<sup>33</sup> Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, cit., n. 3.1.3, la quale precisa ulteriormente che «sarà naturalmente sempre possibile ricavare, in via interpretativa o sistematica, limiti normativi all'applicabilità dell'art. 1284 c.c., comma 4, in relazione a determinate e specifiche tipologie di obbligazioni, sulla base della speciale natura o delle particolari caratteristiche di dette obbligazioni, come del resto sembrerebbe emergere dai precedenti di legittimità più sopra richiamati, in cui è ripetuto il riferimento alla speciale natura dell'obbligazione indennitaria a carico dello Stato per l'eccessiva durata del processo: questa Corte non ritiene, però, che sia possibile affermare, in generale, che l'art. 1284 c.c., comma 4, abbia di per sé un campo di applicazione limitato alle sole obbligazioni nascenti da rapporti negoziali» (*ibidem*, n. 3.2).

in funzione della sua esecuzione forzata<sup>34</sup>, vale a dire di esplicitazione del precetto contenuto nel titolo esecutivo e non già di accertamento in senso proprio: il giudice dell'esecuzione «non ha poteri di cognizione, ma deve limitarsi a dare attuazione al comando contenuto nel titolo esecutivo medesimo, mediante un'attività che ha, sul punto, natura rigorosamente esecutiva. Si tratta pertanto di attività di interpretazione (*lato sensu*, perché svolta in sede esecutiva), e non di integrazione, in quanto volta ad estrarre il contenuto precettivo già incluso nel titolo esecutivo ed in funzione non di risoluzione di controversia, e cioè cognitiva in senso stretto, ma di esecuzione del comando disposto dal titolo»<sup>35</sup>. A tale assunto si collega una scelta sistematica netta, che consiste nell'escludere che il decorso degli interessi maggiorati sia governato dall'automatismo tipico degli effetti legali, che invece caratterizza il decorso degli interessi al tasso ordinario di cui all'art. 1284, comma 1, c.c. Le Sezioni unite ritengono infatti che l'art. 1284, comma 4, c.c. rinvii «ad una fattispecie, i cui elementi sono per una parte certamente rinvenibili in quelli cui la legge in generale collega l'effetto della spettanza degli interessi legali, ma per l'altra è integrata da ulteriori presupposti, suscettibili di autonoma valutazione rispetto al mero apprezzamento della spettanza degli interessi nella misura legale»<sup>36</sup>. La fattispecie degli interessi maggiorati, delineata dall'art. 1284, comma 4, c.c., si presenterebbe dunque autonoma rispetto a quella generale del comma 1 e si caratterizzerebbe per la necessità di specificare gli ulteriori elementi applicativi: attività che non può che essere oggetto di un accertamento in senso proprio da parte del giudice della cognizione. Tali elementi della fattispecie bisognosi di accertamento in sede di cognizione sono per le Sezioni unite molteplici.

In primo luogo, viene in rilievo la fonte dell'obbligazione ex art. 1173 c.c., dovendosi tenere distinte le obbligazioni contrattuali da quelle derivanti da responsabilità extracontrattuale; e all'interno di quelle contrattuali, i crediti di lavoro, destinatari della disciplina specifica dell'art. 429, comma 3, c.p.c., senza dimenticare alcune fattispecie speciali come: i crediti da equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo di cui alla l. 24 marzo 2001 n. 89; i crediti per gli alimenti, dovuti, in base all'art. 445 c.c., proprio dal giorno della domanda giudiziale e, più in generale, i crediti derivanti da obblighi familiari. Un'attenzione specifica va riservata, infine, ai crediti non preesistenti al processo, per i quali può legittimamente dubitarsi dell'applicabilità degli interessi maggiorati<sup>37</sup>.

In secondo luogo, la Suprema Corte individua un ulteriore requisito bisognoso di accertamento nella sussistenza o meno di una valida ed efficace clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi, prevista dall'art. 1284, comma 4, c.c., che opera

<sup>34</sup> In tal senso v. Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.*, 2023, I, 1452 ss.; nonché Cass., sez. un., 14 dicembre 2020, n. 28387, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce «esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie», n. 125.

<sup>35</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 2.

<sup>36</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 3.

<sup>37</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 3.

in qualità di elemento impeditivo della produzione degli interessi nella misura maggiorata prevista dalla legge tramite il rinvio alla disciplina speciale sui ritardi di pagamento<sup>38</sup>.

In terzo luogo, va identificato il momento della decorrenza degli interessi nella misura aggravata di cui all'art. 1284, comma 4, c.c., dovendosi conferire veste concrete alla formula "dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale" contenuta nella disposizione. Se non si possono nutrire dubbi sull'idoneità a fungere da *dies a quo* tanto della data di notifica dell'atto di citazione quanto di quelle di deposito del ricorso introduttivo, può essere controversa se la decorrenza degli interessi maggiorati possa collegarsi alla domanda cautelare, quale l'istanza di sequestro conservativo di cui all'art. 671 c.p.c. o di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'art. 696-bis c.p.c.. E altrettanto può dirsi per la domanda di accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445-bis c.p.c. o, addirittura, per il procedimento di mediazione, ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, introdotto dopo la domanda giudiziale per mancato previo esperimento da parte del creditore<sup>39</sup>.

Le Sezioni unite reputano che tali elementi esigano un «accertamento, propriamente giurisdizionale, di corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta di spettanza degli interessi maggiorati. Il giudizio sussuntivo, risolutivo sul punto della controversia, ricade nell'attività di cognizione, che fonda il titolo esecutivo giudiziale e che deve essere necessariamente svolta ai fini del provvedimento da emettere sulla domanda»<sup>40</sup>. Ne consegue che il giudice dell'esecuzione non può applicare gli interessi maggiorati se il titolo esecutivo giudiziale non contenga tale accertamento, volto a stabilire la spettanza degli interessi maggiorati dopo la proposizione della domanda giudiziale<sup>41</sup>, sicché, qualora esso si limiti alla condanna generica agli "interessi legali" o "di legge", in sede di esecuzione il creditore non può ottenere altro che gli interessi legali al tasso ordinario di cui all'art. 1284, comma 1, c.c., essendo precluso al giudice dell'esecuzione integrare il titolo esecutivo giudiziale, in tal modo completando l'accertamento compiuto in sede di cognizione. In tali casi, il creditore insoddisfatto potrà contestare la misura degli interessi dovuti soltanto con i mezzi di impugnazione<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 3.

<sup>39</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 3.

<sup>40</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 3.

<sup>41</sup> Peraltro le Sezioni unite chiariscono che il titolo esecutivo giudiziale dovrà contenere la previsione della spettanza degli interessi maggiorati sia nel dispositivo e/o nella motivazione, alla luce del principio di necessaria integrazione di dispositivo e motivazione ai fini dell'interpretazione della portata del titolo.

<sup>42</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449, cit., n. 3.

## 5. Una possibile lettura della pronunzia

Potevano le Sezioni unite approdare a una conclusione diversa? Forse non sarebbe stato opportuno, tenuto conto delle incertezze che la disposizione sugli interessi maggiorati suscita in dottrina e soprattutto in seno alla stessa Cassazione. Le ragioni che rendono ragionevole ed equilibrato il principio di diritto espresso dalle Sezioni unite non risiede, a mio avviso, nell'argomento principale adottato dalle Sezioni unite, secondo cui la fattispecie degli interessi maggiorati di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. è caratterizzata da fatti condizionanti che esigono un accertamento giurisdizionale più articolato e complesso rispetto a quello presupposto dalla fattispecie ricavabile dal combinato disposto degli artt. 1224 e 1284, comma 1, c.c., la cui applicazione è subordinata esclusivamente dalla scadenza del termine per l'adempimento e, dunque, dalla *mora ex re*. Le Sezioni unite hanno imboccato la strada dei limiti propri della potestà del giudice dell'esecuzione, sul presupposto che la fattispecie di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. non sia suscettibile di applicazione automatica, ossia sulla base di una mera verifica di ordine temporale. Tale impostazione va forse letta come un'ingegnosa soluzione per sospendere, nella sostanza, il giudizio sulla portata della fattispecie delineata dall'art. 1284, comma 4, c.c. e rinviarlo a quando in dottrina e all'interno della stessa Corte le idee saranno più mature. E tale sospensione si è resa necessaria non tanto per la particolare complessità della fattispecie, bisognosa di un accertamento dei suoi plurimi elementi condizionanti, quanto piuttosto per i dilemmi che in dottrina e in giurisprudenza suscitano le questioni dell'ampiezza e della *ratio* dell'art. 1284, comma 4, c.c. Se si vorranno compiere, i ripensamenti dovranno essere celeri perché – come opportunamente segnalato in dottrina – le conclusioni delle Sezioni unite rischiano di essere in breve tempo capovolte dal diritto applicato. La centralità del primo comma dell'art. 1284 c.c., assunta dalle Sezioni unite come norma generale, verrà smentita dalla prassi, che «s'incaricherà di rovesciare il quadro per il futuro, riportando di fatto il comma 4 al rango di regime generale. Perché da domani tutti chiederanno i super interessi e il quarto comma vivrà di nuova vita»<sup>43</sup>.

A dire il vero sull'automatismo dell'effetto della maggiorazione del tasso legale degli interessi a seguito della proposizione della domanda giudiziale non si nutrono dubbi in dottrina<sup>44</sup>. E allora la «scappatoia proceduristica»<sup>45</sup> delle Sezioni unite presenta una doppia valenza: all'interno delle dinamiche della Suprema corte, pare la via per fornire una pronta indicazione con le minori implicazioni per il futuro, lasciando impregiudicate le

<sup>43</sup> PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1765.

<sup>44</sup> SASSANI, *A più voci sull'applicazione dell'art. 1284 c.c. nel processo esecutivo*, in *Rass. esec. forz.*, 2023 107; DE MENECH, *Le Sezioni Unite sul perimetro operativo degli interessi moratori in pendenza di lite*, in *Europa dir. priv.*, § 2, in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'autrice

<sup>45</sup> PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1764, più icasticamente, osservano che «le sezioni unite, con un argomento di squisita marca processuale, spargliano».

principali questioni sostanziali dell'istituto e aperti possibili sviluppi di segno diverso<sup>46</sup>; mentre, nello scenario più ampio della comunità degli interpreti, la “scappatoia proceduristica” rappresenta una sorta di monito indirizzato soprattutto alla dottrina a sciogliere i nodi che la formulazione piuttosto generica del comma 4 dell'art. 1284 c.c. solleva. Se si vuole una conferma di questo approccio, per così dire, minimale, basti riflettere sulla possibilità non coltivata dalle Sezioni unite di invertire l'ordine di trattazione, anticipando l'esame della questione sollevata dal secondo rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* relativo al quarto comma dell'art. 1284 c.c. Quest'ulteriore incidente interpretativo è sorto nell'ambito di una controversia nata da un licenziamento illegittimo. Il Tribunale condannava il datore di lavoro a corrispondere al dipendente licenziato l'indennità risarcitoria «oltre interessi e rivalutazione», oltre a un importo ulteriore a titolo di differenze retributive «oltre interessi e rivalutazione». Il soccombente non si conformava all'ordine giudiziale e il creditore gli intimava il pagamento mediante precetto nel quale commisurava gli interessi moratori sugli importi non versati alla stregua del tasso maggiorato di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. Il debitore proponeva, allora, opposizione, contestando che norma sui interessi maggiorati possa applicarsi alle obbligazioni pecuniarie nascenti da rapporti di lavoro. In effetti, tale rinvio pregiudiziale avrebbe potuto offrire alle Sezioni unite l'occasione per chiarire due degli profili più controversi della fattispecie dell'art. 1284, comma 4, c.c.: l'applicabilità o meno ai crediti di lavoro e, più in generale, alle obbligazioni munite di una disciplina speciale; e la limitazione o meno della disposizione alle obbligazioni *ex contractu*.

Si potrebbe legittimamente mettere in discussione che la fattispecie dell'art. 1284, comma 4, c.c. presenti una struttura tanto complessa in chiave di specialità da esigere un apprezzamento di fatto precluso al giudice dell'esecuzione. In primo luogo, va subito chiarito che il rinvio alla disciplina speciale dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali<sup>47</sup> è finalizzato esclusivamente al richiamo della misura degli interessi moratori, mentre nessun'altra condizione sotto la quale opera la normativa speciale entra in ballo nella fattispecie di cui all'art. 1284, comma 4, c.c.

Non si indugerà in questa sede sulla fondatezza o meno della concezione della potestà del giudice dell'esecuzione in sede di interpretazione del titolo esecutivo posta alla

---

<sup>46</sup> Non credo dunque, con PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1765, che «le sezioni unite abbiano inteso neutralizzare gli effetti più intimidatori, da processo e castigo, della riforma del 2014. Un conto è, infatti, scoraggiare la malizia di chi, consapevole di esser destinato alla soccombenza finale, perché il suo caso cammina su una gamba sola e quella, per di più, tremolante, resiste capziosamente solo perché una siffatta condotta riesce più conveniente, in termini finanziari, del pagamento tempestivo di quanto dovuto; e, sin qui, tutti d'accordo. Ma ben altra cosa è penalizzare la resistenza in giudizio di chi è portatore di un'istanza segnata da obiettiva incertezza».

<sup>47</sup> Solleva perplessità sulla scelta del legislatore di richiamare il tasso elevatissimo previsto dal d.lgs. 231/2002 CARNEVALI, *Il saggio degli interessi legali pendente lite*, cit., 586-587. Ancora più netti sono i rilievi critici sul punto di AGRIFOGLIO, *Considerazioni su interessi nelle transazioni commerciali e interessi processuali di cui all'art. 1284, c. IV, cc.*, in *Foro it.*, in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'autore.

base della pronunzia delle Sezioni unite, sebbene non si possano trascurare i dissensi già espressi dalla dottrina<sup>48</sup> processualistica<sup>49</sup>, la quale peraltro suggerisce di intendere il riferimento alla domanda giudiziale contenuto nell'art. 1284, comma 4, c.c. esteso anche al processo di esecuzione<sup>50</sup>, sul presupposto che il processo di esecuzione riveste natura giurisdizionale<sup>51</sup> e che la *ratio* di scoraggiare il contegno dilatorio del debitore pecuniaria si estenda anche al giudizio di esecuzione, tanto più che la recalcitrante resistenza del debitore è ancora meno giustificata in presenza di un titolo esecutivo giudiziale<sup>52</sup>.

Dei tre punti che le Sezioni unite affidano al giudizio del giudice della cognizione soltanto uno può essere assunto, in senso stretto, come elemento costitutivo della fattispecie. Non lo è la sussistenza o meno di una valida ed efficace clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi, prevista dall'art. 1284, comma 4, c.c., la quale integra, tutt'al più, un elemento negativo della fattispecie, che spetterà al debitore invocare, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo. Del pari può dirsi per il momento della decorrenza degli interessi nella misura aggravata di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. Si tratta infatti, con tutta evidenza, di una questione di diritto legata all'interpretazione della formula legislativa "dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale". Più complesso è, invece, il tema della fonte dell'obbligazione inadempita o, per meglio dire, della

<sup>48</sup> CAMARDI, *Il doppio saggio degli interessi legali nell'art. 1284 cod. civ. Modelli di lettura*, cit., 1153 ss., la quale rimarca le ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione può spingersi al di là del tenore letterale del titolo esecutivo, pur sempre nel perimetro di un'operazione di meta-interpretazione.

<sup>49</sup> CAPPONI, *Le sezioni unite 12449/24 e l'esecuzione forzata*, cit., 1770 ss.

<sup>50</sup> CAPPONI, *op. cit.*, 1771 ss.; PARDOLESI - SASSANI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, cit., 62; Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, cit., 1173, 1182; DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie*, cit., 42.

<sup>51</sup> Cfr. CAPPONI, *Diritto dell'esecuzione civile*<sup>7</sup>, Torino, 2023, 23 ss., 45 ss. e Corte cost., 5 ottobre 2001, n. 333, *Foro it.*, 2001, I, 3017. Inoltre, CAPPONI, *L'art. 1284, comma 4, c.c. e l'esecuzione forzata*, cit., 2 contesta anche la concezione dei poteri del giudice dell'esecuzione fatta propria da Cass., 23 aprile 2020, n. 8128, cit. e ora dalle Sezioni unite. Si tratterebbe di una rappresentazione antiquata, incentrata sull'idea di un giudice dell'esecuzione del tutto privo di poteri cognitivi, anche se ciò è oramai smentito dall'evoluzione del diritto processuale (v. artt. 512, 549, 614-bis c.p.c.) e dagli orientamenti della giurisprudenza, europea e nazionale, (v. CGUE 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19; e Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Giur. it.*, 2023, 1053) in materia di decreto ingiuntivo non opposto e controllo officioso della sussistenza di clausole contrattuali abusive, ad opera del giudice dell'esecuzione. Entrambi tali fattori evolutivi conferiscono all'organo esecutivo poteri non irrilevanti di accertamento e di condanna.

<sup>52</sup> CAPPONI, *Le sezioni unite 12449/24 e l'esecuzione forzata*, cit., 1772, il quale osserva che «occorre chiedersi, in diversi termini, se scopo della previsione sia di indennizzare il creditore soltanto a fronte della durata del processo di cognizione volto alla formazione del titolo esecutivo ovvero se la sua tutela si estenda ad abbracciare la durata del processo esecutivo: del resto, per quale ragione la tutela che si assicura alla realizzazione del credito dovrebbe arrestarsi sulla soglia del processo di cognizione e non estendersi all'esecuzione, posto che con l'ottenimento della condanna esecutiva, in difetto di adempimento spontaneo, non può certo dirsi che il credito si sia realizzato?».

natura del rapporto obbligatorio controverso, perché la questione investe in effetti l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c., delineando, a tutti gli effetti, un elemento costitutivo della fattispecie. Ed è a questo nodo che bisogna ora dedicarsi.

## 6. I presupposti applicativi dell'art. 1284, comma 4, c.c. e la superfluità di una specifica domanda

Gli interessi maggiorati ex art. 1284, commi 4 e 5<sup>53</sup>, c.c. hanno natura moratoria e, pertanto, la norma delinea un tasso specifico per la commisurazione degli interessi di mora in pendenza del giudizio<sup>54</sup> e sino al momento dell'effettivo pagamento da parte del debitore<sup>55</sup>. Tali interessi moratori al tasso maggiorato sono di applicazione generalizzata<sup>56</sup>? La collocazione all'interno della disciplina generale delle obbligazioni lascerebbe propendere per l'applicazione all'intero campo delle obbligazioni pecuniarie. Come si avrà modo di chiarire, la risposta alla domanda è più articolata di quanto non potrebbe suggerire la laconicità del quesito.

In primo luogo, bisogna confrontare il dato topografico con la *ratio* della norma, ricavabile tanto dai lavori preparatori quanto dalla formulazione della disposizione. La relazione di accompagnamento al d.l. n. 132 del 2014<sup>57</sup> individua la finalità della norma nell'«evitare che i tempi del processo civile diventino una forma di finanziamento al ribasso (in ragione dell'applicazione del tasso legale d'interesse) e dunque che il processo stesso venga a tal fine strumentalizzato». La lettera dell'art. 1284, comma 4, c.c. prevede che «se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di

<sup>53</sup> Il comma 5 dell'art. 1284 c.c. estende la maggiorazione degli interessi al procedimento arbitrale, prevedendo che «la disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale». Per comodità espositiva si farà sempre riferimento nel testo al solo comma 4.

<sup>54</sup> Ovviamente tale maggiorazione non neutralizza la possibilità domandare il maggior danno da ritardo ex art. 1224, comma 2, c.c., sempre che il creditore dimostri il pregiudizio ulteriore: v. sul punto ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 165-166.

<sup>55</sup> La mancata previsione nella norma del *dies ad quem* ha potuto generare il dubbio se il decorso degli interessi cessi alla data della sentenza oppure prosegua sino all'effettivo pagamento (volgarmente indicato come soddisfo). Nel senso indicato *supra* nel testo è anche ROSSETTI, *op. cit.*, 174.

<sup>56</sup> In tal senso v. CARNEVALI, *Il saggio degli interessi pendente lite e il risveglio dell'inflazione*, cit., 609; ID., *Il saggio degli interessi legali pendente lite*, cit., 585-586; PARDOLESI - SASSANI, *Il decollo del tasso di interessi: processo e castigo*, cit., 67; ROSSETTI, *op. cit.*, 168-169; Camardi, *Il doppio saggio degli interessi legali nell'art. 1284 cod. civ. Modelli di lettura*, cit., 1156-1157; BOTTONI, *Interessi ex art. 1284 comma 4 c.c.: ambito di operatività e rapporto con i crediti di lavoro*, cit., 370; GIRARDI, *La Cassazione torna sull'art. 1284, 4° comma c.c.*, cit., 326 ss.

<sup>57</sup> La relazione è contenuta nel dossier del servizio studi sull'A.S. n. 1612, *Conversione in legge del d.l. 12 settembre 2014 n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, disponibile nel sito del Senato.

pagamento nelle transazioni commerciali». Il dato più significativo non è tanto offerto dalla previsione della possibilità di una pattuizione di un tasso convenzionale in sostituzione di quello legale, quanto, piuttosto, dal momento di decorrenza degli interessi maggiorati: il “momento in cui è proposta domanda giudiziale”<sup>58</sup>. Il riferimento alla domanda giudiziale conferma che la *ratio* della previsione degli interessi maggiorati consiste nella deflazione del contenzioso<sup>59</sup> e nel contrasto a forme improprie di finanziamento da parte del debitore pecuniario, il quale, avvantaggiandosi del tasso legale sensibilmente più basso del tasso di mercato degli interessi corrispettivi sui finanziamenti, preferisce persistere nell’inadempimento pur di non privarsi di somme di danaro<sup>60</sup>. D’altro canto, basta confrontare l’art. 1284, comma 4, c.c. con l’art. 2033, secondo periodo, il quale fissa il decorso degli interessi sulle somme ripetute, perché *sine causa*, nel giorno della domanda, qualora l’*accipiens* sia in buona fede. La dottrina specialistica non dubita sulla natura stragiudiziale<sup>61</sup> della domanda indicata dall’art. 2033 c.c., in quanto la sua funzione è quella di suscitare la *scientia indebiti* nell’*accipiens* di buona fede ai fini dell’insorgere dell’obbligazione restitutoria e non già quella di disincentivare l’*accipiens* dal trattenere la prestazione ripetibile sino all’incardinamento del giudizio od oltre.

Con riguardo al processo di cognizione, la previsione di interessi maggiorati mira, dunque, a realizzare un effetto coercitivo indiretto, tramite la pressione psicologica sul debitore inadempiente al fine di dissuaderlo dal persistere nel ritardo nell’adempimento anche oltre la proposizione della domanda giudiziale da parte del creditore<sup>62</sup>. La finalità della norma conduce a escludere, dunque, dall’ambito di applicazione i crediti pecuniari di natura rimediale e a determinazione giudiziale, come il risarcimento del danno aquiliano<sup>63</sup>. Rispetto a tali crediti la sentenza del giudice non si appunta sull’accertamento di

<sup>58</sup> In tal senso anche CAMARDI, *Il doppio saggio degli interessi legali nell’art. 1284 cod. civ. Modelli di lettura*, cit., 1155.

<sup>59</sup> In tal senso v. GUARNERI, *Resistenza in giudizio e maggiorazione degli interessi legali tra novellazione legislativa e applicazioni giurisprudenziali*, in *NGCC*, 2020, 651; CARNEVALI, *Il saggio degli interessi pendente lite e il risveglio dell’inflazione*, cit., 609; PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell’art. 1284 c.c.*, cit., 136 ss.

<sup>60</sup> È allora eccessivo includere nella *ratio* della novella dell’art. 1284 c.c. la dissuasione del debitore pecuniario dall’esercizio del diritto di difesa, come suggerisce DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie*, cit., 28.

<sup>61</sup> Cfr. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. La colpa contrattuale*<sup>2</sup>, Torino, 1897, 249 e nt. 3; ANDREOLI, *La ripetizione dell’indebitito*, Padova, 1940, 189 ss.; GIORGIANNI, *L’inadempimento*<sup>3</sup>, Milano, 1975, 159; MOSCATI, *Del pagamento dell’indebitito*, cit., 166-167; *Id.*, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Padova, 1999, 185 ss., in part. 231 ss.

<sup>62</sup> Non mi sento quindi di convenire con chi ravvisa negli interessi maggiorati una connotazione afflittiva in senso stretto (DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie*, cit., 39).

<sup>63</sup> Nello stesso senso v. DE MENECH, *op. cit.*, cit., 39 ss., sebbene sulla scorta di argomenti in parte diversi da quelli adottati *supra* nel testo, specie quello incentrato sulla natura sanzionatoria degli interessi maggiorati (*ibidem*, 40). Sulla scorta di tale argomento, DM esclude dall’ambito di applicazione dell’art. 1284, comma 4, c.c. anche le «pene pecuniarie private», come ad es.: cfr., ad es.,

un inadempimento preesistente al giudizio, condannando il debitore pecuniario al pagamento della prestazione originaria, inclusiva degli interessi moratori e dell'eventuale maggior danno. Rispetto a tali crediti la sentenza del giudice accerta la sussistenza dei presupposti di rilevanza del danno aquiliano, condannando al pagamento di una somma di danaro a titolo di riparazione del pregiudizio cagionato all'attore. L'inapplicabilità degli interessi maggiorati è un'ulteriore conseguenza del carattere non relazionale della responsabilità aquiliana, la quale non costituisce un vincolo di responsabilità iscritto in un rapporto obbligatorio preesistente, finalizzato programmaticamente a reagire all'insuccesso di tale rapporto<sup>64</sup>. Alla medesima conclusione si deve pervenire anche con riguardo all'equa indennità da irragionevole durata del processo, prevista dalla l. 24 marzo 2001 n. 89, la quale integra un'ipotesi di obbligazione *ex lege*<sup>65</sup>. Del pari esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. sono i debiti pecuniari che sorgono dalla domanda giudiziale, come l'interesse anatocistico (art. 1283 c.c.)<sup>66</sup>.

Sebbene in dottrina vi sia chi reputi che gli interessi decorrenti sul credito nascente da responsabilità aquiliana non abbiano natura "compensativa", come invece ritiene la giurisprudenza con posizione oramai tralazia, bensì moratoria<sup>67</sup>, ai fini dell'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. va fatta una valutazione a sé stante. Tanto nei crediti nascenti da responsabilità extracontrattuale quanto nell'equa riparazione per irragionevole durata del processo, ossia nei crediti di natura rimediabile a determinazione giudiziale, manca lo spazio entro il quale gli interessi maggiorati possono assolvere alla loro funzione compulsoria all'adempimento. Sotto questo profilo, andrebbe seriamente rivalutata l'opinione, in precedenza accennata, che, facendo leva sull'estensione della mora automatica anche ai crediti illiquidi<sup>68</sup> ampiamente accre-

---

gli art. 129-bis c.c.; art. 12, l. n. 47/1948; art. 3, l. n. 386/1990; art. 3, comma 3°, l. n. 198/1992; art. 3, comma 3°, l. n. 431/1998; art. 7, Reg. 261/2004/CE. Sul punto si rinvia a DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*. Studio per una teoria dei «danni punitivi», Milano, 2019, 144 ss.

<sup>64</sup> Ecco allora che non appare affatto incoerente – come invece ritiene BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*<sup>2</sup>, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA - BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 341, che nella responsabilità contrattuale per inadempimento di obbligazioni non pecuniarie la giurisprudenza faccia scattare gli interessi sulla somma dovuta a titolo di risarcimento non dal giorno del compimento della condotta dannosa, ma dalla domanda giudiziale, mediante la quale il debitore è costituito in mora, senza applicare gli interessi "compensativi" come nella responsabilità aquiliana. Nella responsabilità contrattuale, la prestazione di risarcimento del danno non costituisce, infatti, la prestazione primaria, ma quella sussidiaria frutto della sostituzione della prestazione originaria con il vincolo di responsabilità.

<sup>65</sup> CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 282 ss.; Cass., 8 agosto 2022, n. 11987, in *Giur. it.*, 2002, 2039.

<sup>66</sup> Così DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie*, cit., 37.

<sup>67</sup> SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, 84 ss.

<sup>68</sup> Anche sotto questo profilo pare trovare conferma la tesi della inconsistenza dogmatica della distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore all'interno del *genus* delle obbligazioni pecuniarie, ossia la distinzione che fa leva sulla distinzione della moneta come *mensura* e come *mensuratum*.

ditata in dottrina<sup>69</sup>, reputa che il danneggiante condannato al risarcimento del danno va considerato in mora già dal momento in cui ha compiuto la condotta dannosa, integrando tutti i requisiti della fattispecie di responsabilità<sup>70</sup>. Pare più consistente sul piano dogmatico la convinzione che gli interessi al tasso legale decorrenti dal giorno della condotta dannosa costituiscano una tecnica di liquidazione del danno aquiliano<sup>71</sup>, affidata al meccanismo degli interessi in funzione del tempo del giudizio. E difatti tale ipotesi di “interessi” denominati in dottrina e in giurisprudenza<sup>72</sup> come “compensativi” – ma non nel significato della categoria legale di cui all’art. 1499 c.c. – non costituisce un’ulteriore categoria di interesse, ulteriore al tritico corrispettivi-compensativi (in senso proprio)-moratori concepito in ragione della diversa funzione<sup>73</sup>. Tale tecnica di liquidazione del danno non si presenta, dunque, come una vicenda interna alle obbligazioni pecuniarie e, in particolar modo, di quelle consistenti in un valore economico originariamente non commisurato in danaro, ossia i c.d. debiti di valore<sup>74</sup>; ma come vicenda interna al risarcimento del danno aquiliano, il quale non può limitarsi a traslare il costo del pregiudizio alla data della commissione della condotta dannosa, dovendo mettere il danneggiato nella condizione patrimoniale, per lo meno di indifferenza, con-

---

La critica più ricca e articolata è formulata da RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010, 75 ss. Concorde ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 67 ss.

<sup>69</sup> Sul superamento della massima in *illiquidis non fit mora* ad opera dell’art. 1219, comma 2, n. 1, c.c. cfr. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA - BRANCA, Bologna-Roma, 1960, 567; ma sul diverso fondamento nell’art. 445 c.c. v. GIORGIANNI, *L’inadempimento*, cit., 113 ss. Sul punto cfr. altresì BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 340 ss. Nel senso del superamento v. anche MAZZARESE, *Mora del debitore*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, 446 ss. Per il riconoscimento al principio di una limitata validità v. BIANCA, *Diritto civile*. 5. *La responsabilità*<sup>2</sup>, Milano, 2012, 6-7.

<sup>70</sup> SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, cit., 86.

<sup>71</sup> V. in tal senso DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 393 ss.

<sup>72</sup> Cfr., nell’ambito di una giurisprudenza copiosissima, Cass., 23 ottobre, 1967, n. 2068, in *Arch. resp. civ.*, 1968, 184; Cass., 30 gennaio 1969, n. 271, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1082 ss.; Cass., 29 dicembre 1970, n. 2779, in *Giust. civ.*, 1971, I, 896 ss.; Cass., 20 dicembre 1976, n. 4694, in *Mass. Giust. civ.*, 1976, 1944; Cass., 27 giugno 1989, n. 3117, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce «danni in materia civile», n. 213; Cass., 4 settembre 1990, n. 9118, *ivi*, 1990, voce «danni in materia civile», n. 268; Cass., 16 marzo 1995, n. 3072, *ivi*, 1995, voce «danni in materia civile», n. 327; Cass., 28 novembre 1998, n. 12089, *ivi*, 1998, voce «danni in materia civile», n. 338; Cass., ord., 10 dicembre 2021, n. 39376; Cass., 16 febbraio 2023, n. 4838.

<sup>73</sup> Sulla distinzione degli interessi nelle tre categorie cfr., per lo meno, LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 95 ss.; INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2011, 268 ss. Per una lettura recente, tesa peraltro a evidenziare i limiti operativi della tripartizione, cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*<sup>2</sup>, Milano, 2023, 578 ss. e, in chiave monografica, v. soprattutto SEMERARO, *Gli interessi monetari. Utilitas temporis, capitale e scelte di sistema*, Napoli, 2013, 107 ss.

<sup>74</sup> In questo orizzonte sembra, invece, muoversi DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 394.

ferendogli una somma di danaro in grado di procurarsi un bene sostitutivo o un ristoro realmente efficace alla data in cui il danneggiato otterrà la prestazione pecuniaria risarcitoria. In altri termini, la rilevanza giuridica come pregiudizio a sé stante della fisiologica distanza temporale tra il momento di manifestazione del danno e di completamento della fattispecie di responsabilità, in cui sorge l'obbligazione risarcitoria, e il momento del conseguimento del risarcimento da parte del danneggiato si riattacca non tanto al superamento della massima *in illiquidis non fit mora*, quanto al principio di integrare riparazione del danno. Si è, dunque, all'interno di quella serie di meccanismi cui la giurisprudenza affida l'uniforme esercizio del potere equitativo di commisurazione del danno ex art. 1226 c.c. e ciò giustifica la regola pretoria pacifica<sup>75</sup> per cui tali "interessi" corrispettivi possono essere riconosciuti dal giudice anche d'ufficio, a dispetto di quanto accadere per gli interessi veri e propri, per i quali opera il principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c.<sup>76</sup>.

Nell'obbligazione risarcitoria extracontrattuale tra il momento dell'insorgere dell'obbligazione e il momento della sua esigibilità con l'emissione della sentenza di condanna non si può configurare alcuna forma di inadempimento, a meno di voler assumere quest'ultimo non nei termini appropriati di una qualificazione del contegno del debitore, commissivo o omissivo, ma in un'accezione spiritualizzata<sup>77</sup>, la sola nella quale assume senso sostenere che il danneggiante deve corrispondere gli interessi moratori sulla somma dovuta a titolo risarcitorio «in quanto questi era tenuto ad adempiere, fin dal momento in cui ha portato a termine l'azione dannosa»<sup>78</sup>. Se il tempo del giudizio non può essere considerato tempo dell'inadempimento dell'obbligazione di risarcimento aquilano, a maggior ragione non può essere considerato tempo in cui dissuadere il debitore pecuniario dal persistere nell'inadempimento, che è la ragione propria degli interessi maggiorati di cui all'art. 1284, comma 2, c.c. Ecco allora che non si può condividere la posizione di chi ritiene che, anche nelle obbligazioni risarcitorie aquilane, «i tempi del processo civile possono, parimenti che nelle obbligazioni da contratto, offrire al responsabile *ex delicto* l'opportunità di lucrare al ribasso sul risarcimento dovuto»<sup>79</sup>. L'art. 1284, comma 4, c.c. non vuole prevenire il danno costituito dall'indisponibilità per il danneggiato della somma di danaro a titolo di risarcimento per il tempo del giudizio né evitare che il convenuto-danneggiante possa, nel frattempo, adoperare in impieghi lucrativi la somma che verrà riconosciuta all'attore a titolo di risarcimento. La maggiorazione degli

<sup>75</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 7 aprile 1987, n. 3364, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 973 ss.; Cass., 4 aprile 2001, n. 4970, *ivi*, 2002, 441 ss.

<sup>76</sup> Sul punto v. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 429-430.

<sup>77</sup> Soltanto in questa chiave di lettura si può comprendere la lettura dell'art. 1224 c.c. offerta da SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, cit., 87 secondo cui la norma sugli interessi moratori presuppone soltanto «l'esistenza di una obbligazione avente ad oggetto una somma di danaro»; mentre è evidente che essa presupponga il ritardo nel pagamento di un'obbligazione pecuniaria.

<sup>78</sup> SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, cit., 86.

<sup>79</sup> CARNEVALI, *Il saggio degli interessi legali pendente lite*, cit., 586.

interessi è preordinata a compulsare il debitore pecuniario già inadempiente a pagare, ancorché tardivamente, prima dell'introduzione del giudizio o a sollecitare il debitore di somme liquide ed esigibili ad adempiere prima del momento fatidico dell'introduzione del giudizio, rendendo in entrambi i casi svantaggioso il ricorso a un'inutile litigiosità<sup>80</sup>.

Basti il confronto con la dinamica dell'obbligazione di restituzione conseguente all'indebito, la quale non è a determinazione giudiziale e sorge già esigibile o dal giorno del pagamento, se l'*accipiens* è in mala fede, o dal giorno della richiesta stragiudiziale della restituzione della prestazione eseguita, se l'*accipiens* è in buona fede<sup>81</sup>. Qui tra il momento dell'insorgere dell'obbligazione restitutoria e il momento della domanda giudiziale si può spiegare una fase in cui la prestazione è liquida ed esigibile, per l'assenza di un termine per il pagamento, nella quale il debitore-*accipiens* può spontaneamente adempiere e nella quale, quindi, assume pratica utilità un meccanismo che dissuada il debitore pecuniario dal soprassedere al pagamento sino e oltre la domanda giudiziale<sup>82</sup>.

L'estensione di tali interessi, sin dal momento del giudizio di cognizione, all'intero campo delle obbligazioni e non già soltanto al più ristretto novero delle obbligazioni inadempite finirebbe per torcere la finalità della norma, rendendola uno strumento di dissuasione dal ricorso alla tutela giurisdizionale, con l'inevitabile lesione del diritto costituzionale di difesa in giudizio. Il presunto danneggiante potrebbe essere indotto ad assecondare le richieste di controparte e a non sostenere le proprie ragioni in giudizio dinanzi alla prospettiva della condanna anche a interessi in misura così gravosa per l'intero arco temporale del giudizio<sup>83</sup>. Per di più, con una beffarda eterogenesi dei fini, l'estensione generalizzata degli interessi maggiorati rischia di sollecitare il contenzioso, per lo meno dal lato di colui che invoca il pagamento di una somma di danaro il quale, abbagliato dalla prospettiva di poter ottenere anche più di quel che il titolo del suo diritto gli attribuisca<sup>84</sup>, potrebbe imboccare subito la via giudiziaria, non coltivando le possibilità

<sup>80</sup> Andrebbe allora almeno in parte rimeditata la conclusione di chi (SANTARPIA, *Interessi legali: un verdetto che scontenta tutti (dunque, il migliore possibile?)*, cit., 1760, ma così anche PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1766) ritiene che «se [...] l'obiettivo della novellazione è stato quello di scoraggiare un inadempimento efficiente prodromico a un finanziamento del debitore al ribasso, è evidente che non ha poi senso distinguere in ragione della natura del credito».

<sup>81</sup> DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie*, cit., 37 esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. i crediti restitutori conseguenti alla caducazione del contratto o allo scioglimento del contratto prodotti da sentenze costitutive (annullamento e risoluzione).

<sup>82</sup> In questo lasso di tempo decorrono interessi corrispettivi legali ex art. 1282 c.c. non già moratori. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 579 collega l'applicazione degli interessi ex art. 1282 c.c. al campo delle obbligazioni pecuniarie *quérable* e così anche ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 136 ss.

<sup>83</sup> Un rischio, questo, opportunamente segnalato da PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1765; ma già PARDOLESI - SASSANI, *Il decollo del tasso d'interesse: processo e castigo*, cit., 65; anche PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in *I ritardi nei pagamenti*, cit., 76.

<sup>84</sup> È quanto paventa CONSOLO, *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione"*

transattive o quelle offerte dagli altri modi di risoluzione delle controversie alternative al giudizio. L'applicazione generalizzata degli interessi maggiorati, anche alle obbligazioni a determinazione giudiziale, renderebbe l'aggravamento del tasso di interessi una sorta di pena privata volta a sanzionare la condotta che genera l'obbligazione pecuniaria, il che contrasta con lo spirito e la lettera dell'art. 1284 c.c.

Assumendo come punto di riferimento il processo di cognizione, il campo di applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. va allora delimitato alle obbligazioni pecuniarie, tanto di fonte negoziale<sup>85</sup> quanto di fonte diversa, come quelle restitutorie per indebitto, rispetto alle quali è scaduto il tempo dell'adempimento, determinando il decorso degli interessi moratori al tasso legale di cui all'art. 1284, comma 1, c.c.<sup>86</sup>, oppure, non essendo previsto alcun termine, la prestazione è esigibile ma non ancora spontaneamente eseguita<sup>87</sup>. Con l'esclusione, dunque, delle obbligazioni pecuniarie *ex delicto*, nelle quali non è configurabile un inadempimento precedente l'instaurazione del giudizio finalizzato al loro riconoscimento e alla loro determinazione. Le obbligazioni *ex delicto* sono suscettibili di inadempimento dopo la condanna contenuta in una pronuncia provvista di efficacia esecutiva, sicché l'applicazione degli interessi maggiorati *ex art. 1284, comma 4, c.c.* si dischiude loro con l'instaurazione del processo esecutivo, ossia dal giorno della domanda esecutiva, contenuta nell'atto di precetto (o nel ricorso per intervento), in tal modo scoraggiando le resistenze in giudizio meramente dilatorie<sup>88</sup>. Un tale conclusione pare equilibrata e non le non si può opporre l'argomento dell'irragionevole disparità di trattamento tra diverse tipologie di creditori, perché la pretesa di agguagliare ciò che differisce costituisce, a sua volta, violazione del principio di eguaglianza.

---

*arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva*, in *Giust. civ.*, 2014, 1061 e ora rimarcano PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1765.

<sup>85</sup> Inclusi i crediti di lavoro. In senso favorevole alla compatibilità tra l'art. 429 c.p.c. e l'art. 1284, comma 4, c.c. cfr. PARDOLESI-SASSANI, *Il decollo del tasso d'interesse: processo e castigo*, cit., 65; PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti*, cit., 75; BOTTONI, *Interessi ex art. 1284 comma 4 c.c.: ambito di operatività e rapporto con i crediti di lavoro*, cit., 372 ss., il quale richiama, tuttavia, il limite del principio di proporzionalità, specie con riguardo alle modalità attualmente adottate dalla giurisprudenza per il calcolo della rivalutazione delle somme dovute.

<sup>86</sup> Che gli interessi al tasso maggiorato di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. presupponga l'inadempimento consumato è stato colto anche da Cass., 3 gennaio 2023, n. 61, cit., per disinnescare l'argomento della possibile inutile ripetizione rispetto all'art. 1224 c.c., ma tale corretta messa a fuoco non è stata poi messa a partito, visto che, ciononostante, l'ordinanza conclude per l'applicazione generalizzata dell'art. 1284, comma 4, c.c.

<sup>87</sup> Sul presupposto dell'esigibilità v. anche DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie*, cit., 37-38. Giusto tale requisito, l'art. 1284, comma 4, c.c. non dovrebbe trovare applicazione nei confronti del fideiussore con beneficio di preventiva escussione: la prestazione del garante non può subire l'incremento degli interessi maggiorati dalla domanda giudiziale in quanto per lui si tratta della prestazione principale, ancorché essa presupponga l'inadempimento del debitore principale, le cui conseguenze sul piano risarcitorio non si estendono alla prestazione del garante personale.

<sup>88</sup> CAPPONI, *Le sezioni unite 12449/24 e l'esecuzione forzata*, cit., 1773.

Neppure nelle obbligazioni pecuniarie, l'inadempimento, sotto forma di ritardo nell'adempimento, costituisce una violazione irreversibile dell'obbligazione. L'ordinamento giuridico vuole stimolare per lo meno l'adempimento tardivo mediante l'effetto compulsorio prodotto dall'innalzamento del saggio legale degli interessi nella misura maggiorata del quarto comma dell'art. 1284 c.c. L'elemento negativo della pattuizione di un tasso convenzionale degli interessi moratori<sup>89</sup> non riveste, dunque, il significato di circoscrivere gli interessi maggiorati alle sole obbligazioni *ex contractu*, come invece reputa un orientamento giurisprudenziale. Tale elemento negativo è un effetto di legge legato all'impossibilità di applicare il tasso legale, qual è pur sempre quello previsto per rinvio dall'art. 1284, comma 4, c.c., in presenza di un tasso convenzionale, a meno che la pattuizione che lo prevede non risulti invalida. Il vero elemento condizionante degli interessi maggiorati è costituito dall'inadempimento dell'obbligazione preesistente al giudizio, quale che ne sia la fonte. In altri termini, gli interessi di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. sono: o interessi moratori di secondo grado, che scattano quando l'inadempimento già in atto viene qualificato dall'introduzione di un giudizio finalizzato all'accertamento non soltanto dell'esistenza del titolo dell'obbligazione, ma anche del ritardo nell'adempimento; o interessi moratori di primo grado nelle obbligazioni pecuniarie liquide ed esigibili ma non ancora richieste prima dell'introduzione del giudizio. Il prospettato inquadramento dogmatico consente, peraltro, di attribuire un senso più specifico alla formula legislativa "dal momento in cui è proposta domanda giudiziale", circoscrivendo all'introduzione del giudizio di cognizione<sup>90</sup>, del giudizio sommario per ingiunzione e del giudizio di esecuzione, escludendo, quindi, l'istanza di sequestro conservativo di cui all'art. 671 c.p.c.; di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.; così come la domanda di accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445 *bis* c.p.c. Di conseguenza la decorrenza degli interessi maggiorati è sospesa durante il tentativo di mediazione in vista della conciliazione esperito dopo la domanda giudiziale ai sensi dell'art. 5-*quater* d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28. Si è opportunamente rilevato che l'art. 1284, comma 4, c.c. può trovare applicazione anche nei giudizi dinanzi al giudice amministrativo, a quello contabile e a quello tributario, sempreché non ostino discipline speciali degli interessi, nei casi in cui tali giudici siano chiamati a decidere in ordine a diritti di credito pecuniario<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Assai critico su tale previsione è CARNEVALI, *Il saggio degli interessi legali pendente lite*, cit., 586, per il quale «l'*incipit* del comma 4 con il richiamo ad un accordo delle parti sulla misura degli interessi è del tutto inutile, perché assorbito dal riferimento agli interessi convenzionali di cui al comma 2 dell'art. 1284 c.c., il che conferma il pressapochismo con cui è stato novellato l'art. 1284 c.c.».

<sup>90</sup> Alla notifica dell'atto di citazione e al deposito del ricorso, oltreché alla costituzione in giudizio, nel caso di domanda riconvenzionale, va aggiunta la costituzione di parte civile, come giustamente sottolinea ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 174-175.

<sup>91</sup> ROSSETTI, *op. cit.*, 175.

L'ambito di applicazione non pienamente coincidente tra il primo e il quarto comma dell'art. 1284 c.c. non implica che per ottenere gli interessi maggiorati sia necessaria un'apposita ed esplicita domanda<sup>92</sup>, che non si limiti, dunque, alla generica formula "interessi legali" o "interessi di legge"<sup>93</sup>, poiché, nonostante la minor ampiezza della previsione del quarto comma rispetto a quella del primo, gli interessi maggiorati sono pur sempre interessi al tasso legale<sup>94</sup>, la cui applicazione dipende dalla natura di obbligazione preesistente al giudizio del rapporto controverso e dal dato temporale della proposizione della domanda nel giudizio di cognizione, fatta segnare dal momento della notifica o del deposito. Due requisiti<sup>95</sup>, questi, contenuti già nell'accertamento compiuto dal giudice della cognizione<sup>96</sup>, anche quando la pronuncia si limita alla condanna generica agli

<sup>92</sup> Per PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1767 la sentenza delle Sezioni unite n. 12449 del 2024 non ha esplicitamente affermato che per ottenere la condanna agli interessi maggiorati sia necessaria un'apposita domanda: «potrebbe dunque esser vero che le sezioni unite hanno inteso seguire una complanare così tracciata: con la domanda di condanna oltre interessi è devoluto l'intero rapporto; se poi il giudice omette di pronunciare sulla fattispecie dei super-interessi, bisognerà proporre appello per omessa pronuncia: epperò la domanda già c'è nel momento in cui viene chiesta la condanna con gli interessi».

<sup>93</sup> Nello stesso senso v. ROSSETTI, *I danni nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., 174, il quale ritiene sufficiente la domanda del pagamento degli interessi legali, giacché la scelta del tasso da applicare compete al giudice in forza del principio *iura novit curia*. E tuttavia R. aggiunge che la condanna al pagamento degli interessi maggiorati ex art. 1284, comma 4, c.c. deve essere però espressa, poiché se «il giudice si limitasse a condannare il convenuto al pagamento "degli interessi legali", sarebbe impossibile stabilire a quale, tra le varie tipologie di interessi legali il giudicante abbia inteso fare riferimento, a tale ambiguità della sentenza non potrebbe essere sanata nemmeno dal giudice dell'esecuzione, al quale non è concesso integrare il titolo esecutivo».

<sup>94</sup> Non è allora indispensabile per fondare la superfluità di una specifica domanda per ottenere gli interessi maggiorati ex art. 1284, comma 4, c.c. fare coincidere l'ambito di applicazione di tale norma con quella dell'art. 1284, comma 1, c.c., come invece sostiene CARNEVALI, *Il saggio degli interessi legali pendente lite*, cit., 587, secondo cui con l'estensione dell'art. 1284, comma 4, c.c. a tutte le obbligazioni pecuniarie, quale che ne sia la fonte, «l'ambito di applicazione del comma 4 ha perso ogni sua connotazione di specialità e di differenziazione, ed è venuto ad essere completamente riassorbito nell'ambito del comma 1, che in tal modo rappresenta ormai la norma di riferimento per l'intera categoria delle obbligazioni pecuniarie e dei relativi "interessi legali". Pertanto risulta ora ancor più convincente la tesi che la domanda giudiziale di condanna agli interessi legali comprende automaticamente sia i comuni interessi dalla mora alla data della domanda giudiziale, sia gli interessi del comma 4 dalla data della domanda al saldo, e che la condanna generica agli interessi legali ("oltre interessi legali") pronunciata dalla sentenza comprende automaticamente sia gli uni, sia gli altri, in quanto componenti di un'unica categoria, e cioè quella degli interessi legali».

<sup>95</sup> E non un unico requisito, ossia l'instaurazione del giudizio con il relativo decorso del tempo, come invece sostengono PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1768. Il requisito diviene sostanzialmente uno, quello temporale, quando il momento di decorrenza degli interessi maggiorati diviene il processo di esecuzione.

<sup>96</sup> È la principale critica mossa da PAGLIANTINI - PARDOLESI, *Cervo a primavera*, cit., 1768 alla sentenza delle Sezioni unite n. 12449 del 2024.

“interessi legali”, sicché non residuano ulteriori elementi da sottoporre a uno specifico accertamento, precluso al giudice dell’esecuzione.

#### ABSTRACT

Il commento analizza la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 12449 del 2024 e si interroga sull’ambito di applicazione della previsione di interessi al tasso maggiorato contenuta nell’art. 1284, comma 4, c.c. L’autore ritiene che tali interessi maggiorati si applichino a tutte le obbligazioni pecuniarie il cui inadempimento precede l’instaurazione del giudizio. Le obbligazioni risarcitorie *ex delicto* rientrano nel perimetro dell’art. 1284, comma 4, c.c. soltanto dal giorno della domanda esecutiva. Trattandosi di interessi legali, l’applicazione degli interessi maggiorati non esige una specifica domanda del creditore, che invochi il tasso di cui all’art. 1284, comma 4, c.c. e la condanna generica “agli interessi legali” non preclude al giudice dell’esecuzione di calcolare gli interessi al tasso maggiorato a far data dall’atto introduttivo del giudizio.

*The commentary analyzes the decision of the Sezioni unite of the Corte di cassazione No. 12449 of 2024 and questions the scope of application of the provision on interest at the increased rate contained in Article 1284, paragraph 4, of the Civil Code. The author believes that this increased interest applies to all pecuniary obligations whose failure to perform precedes the establishment of the judgment. Compensatory obligations *ex delicto* fall within the scope of Article 1284, Paragraph 4, of the Civil Code only from the day of the demand for enforcement. Since it is legal interest, the application of the increased interest does not require a specific request by the creditor, who is invoking the rate under Article 1284, Paragraph 4, Civil Code, and the generic condemnation “at the legal interest” does not preclude the enforcement court from calculating interest at the increased rate from the date of the writ of execution.*





### **Prevalenza del privilegio “penale”, ai sensi dell’art. 316 comma 4 c.p.p., sull’ipoteca “civile”: graduazione degli interessi e possibili modelli interpretativo-assiologici**



Guglielmo Bevivino

Prof. ass. dell’Università di Milano-Bicocca

**SOMMARIO:** **1.** I passaggi salienti dell’ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione del 12 luglio 2024, n. 19314. – **2.** I diversi interessi giuridicamente rilevanti, la soluzione della Corte e la graduazione assiologica della tematica. – **3.** La pronunzia della Corte Costituzionale n. 164 del 2024. – **4.** (*Segue*) Gli aspetti da valorizzare, anche in relazione all’ordinanza interlocutoria. – **5.** Alcuni rilievi conclusivi.

#### **1. I passaggi salienti dell’ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione del 12 luglio 2024, n. 19314**

L’importanza della questione oggetto dell’attenzione della III sezione della Corte di Cassazione, alla quale si rivolgono anche queste notazioni, si evince agevolmente se solo si fa riferimento allo strumento tecnico utilizzato dal provvedimento di rimessione.

La sezione ha infatti trasmesso al Primo Presidente il ricorso per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Il *medium* normativo è rinvenuto nell’art. 374 comma 2 del c.p.c.; ai sensi di questa disposizione, come è noto, “il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a Sezioni Unite su ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per un inquadramento della tematica, anche in una prospettiva comparatistica, CALZOLAIO,

L'assoluta rilevanza della questione di massima, sulla quale torneremo, naturalmente, si desume dal fatto che non ci si trova – come può facilmente intuirsi, leggendo la pronunzia – con riferimento alla fattispecie in esame, all'interno della prima parte del comma 2 dell'art. 374 c.p.c.<sup>2</sup>; la tematica (questa tematica) è stata, infatti, oggetto di una pronunzia adottata soltanto in sede penale e, segnatamente, di Cass. pen. Sez. IV, sentenza n. 33187, del 28 giugno del 2012 (dep. 23.8.2012).

L'estraneità della fattispecie, sulla base di quello che potremmo definire un “ordinario” procedimento sussuntivo, rispetto alla parte della disposizione sopra richiamata implica il necessario riferirsi alla sezione del secondo comma dell'art. 374 c.p.c. nella quale si legge che il primo presidente può disporre la decisione a S. U. per quei ricorsi che “presentano una questione di massima di particolare importanza”.

La “particolare importanza” della tematica si desume, inoltre, venendo al merito della problematica in esame, dalla constatazione per cui essa attiene al più generale ambito delle cause di prelazione<sup>3</sup> e, in particolare, all'individuazione dei diversi interessi giuridicamente rilevanti sottesi a queste medesime cause.

La enucleazione di questi stessi interessi non deve intendersi come meramente didascalica; deve, invece, guidare l'interprete, al fine di risolvere potenziali conflitti fra, appunto, le diverse cause di prelazione e gli ulteriori istituti che possano venire a confliggere; ciò accade, ad esempio e per come verificheremo, nella vicenda oggetto di queste notazioni.

In termini del tutto generici e salvo quanto rileveremo nel prosieguo, possiamo ritenere, già in questa fase, che le cause di prelazione racchiudono, al loro interno, punti di contatto e punti di differenza; pegno, ipoteca e privilegio, infatti, tutti attribuiscono, indubitabilmente, una posizione preferenziale<sup>4</sup> a taluni creditori, garantendo un soddisfacimento privilegiato<sup>5</sup> sul prezzo ricavato dal trasferimento della cosa gravata.

Venendo ai profili differenziali – nell'economia, comunque, di questa trattazione – mentre il privilegio ha fonte nella legge, pegno e ipoteca hanno fondamento nella volontà delle parti, a nulla rilevando la causa del credito.

Inoltre, come pur si è osservato, “il pegno e l'ipoteca ... quali diritti reali di garanzia ... sono diritti soggettivi accessori, distinti dall'obbligazione principale; il privilegio, invece, come qualità intima del credito, non può sussistere autonomamente, ma è legato alla natura della singola situazione creditizia”<sup>6</sup>.

---

*Riforma del giudizio di Cassazione e precedente: riflessioni nella prospettiva della comparazione civil law-common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1003 e ss.

<sup>2</sup> Dove si fa riferimento a una “questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici”.

<sup>3</sup> In arg. CHIANALE, *Garanzie reali e personali*, Torino, 2023, *passim*.

<sup>4</sup> Potremmo dire anche di privilegio in senso a-tecnico.

<sup>5</sup> Rispetto, naturalmente, ai cc.dd. creditori chirografari.

<sup>6</sup> In questi termini, PARENTE, *I privilegi del credito: lessemi legislativi e iponimia delle fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 837 e ss.

## 2. I diversi interessi giuridicamente rilevanti, la soluzione della Corte e la graduazione assiologica della tematica

Il quesito che più esplicitamente la terza Sezione si pone e pone al primo presidente è ad ogni modo relativo ad un’alternativa che deve necessariamente essere sciolta.

Da un lato può infatti prospettarsi la prevalenza del creditore che gode del privilegio<sup>7</sup> previsto dall’art. 316 comma 4 c.p.p. rispetto al creditore garantito da ipoteca iscritta anteriormente al sequestro penale; prevalenza che deve accordarsi evidentemente nella distribuzione del ricavato dalla vendita di beni immobili; prevalenza inoltre che trova il proprio fondamento normativo nell’art. 2748 secondo comma del codice civile<sup>8</sup>.

Tale precetto<sup>9</sup> sancisce espressamente: “i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente”<sup>10</sup>.

Qui solo incidentalmente: occorre osservare come la dottrina abbia rilevato che “poiché, per la risoluzione del conflitto, non risulta rilevante la data di costituzione del privilegio, in assenza di deroghe, la norma deve intendersi formulata nel senso della prevalenza del privilegio immobiliare sull’ipoteca, anche quando questa sia stata iscritta prima del sorgere del privilegio”<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Per una trattazione sistematica di queste figure, senza pretesa di completezza, TUCCI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato Rescigno*, 19, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 1997, 577 e ss.; MIGLIETTA e PRANDI, *I privilegi*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1995, 7 e ss.; NERVI, *Privilegio generale e speciale*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, diretta da S. Patti, XI, Milano, 2007, 471 e ss.

<sup>8</sup> In arg., fra gli altri, PARENTE, *I privilegi del credito: lessemi legislativi e iponimia delle fonti*, cit., 834 e ss.

<sup>9</sup> Diverso è il contenuto precettivo del primo comma dell’art. 2748 ai sensi del quale: “se la legge non dispone altrimenti, il privilegio speciale sui beni mobili non può esercitarsi in pregiudizio del creditore pignoratizio”.

<sup>10</sup> Espressione della regola generale sopra richiamata sono, ad esempio, “i crediti relativi alle spese sostenute per la messa in sicurezza, la bonifica ed il ripristino ambientale delle aree inquinate”; questi diritti “sono assistiti da un privilegio immobiliare sulle aree, che può esercitarsi in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi (art. 17, comma 1, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, recepito dall’art. 245, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) e, dunque, con preferenza anche sui diritti dei creditori ipotecari, in linea con la regola generale di risoluzione del conflitto tra il privilegio immobiliare e l’ipoteca immobiliare, dettata dal codice civile (art. 2748, comma 2 c.c.)”; sul punto PARENTE, *op. cit.*, 871 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. PARENTE, *op. cit.*, 867 e ss. Questa soluzione, che trova conforto nella regolamentazione specifica dell’art. 2748, 2 comma c.c., è stata tacciata di incongruenza sebbene parte della dottrina abbia giustificato la scelta normativa ricorrendo ad una duplicità di induzioni: “alla peculiarità della trama dei privilegi, che, a differenza dell’ipoteca, che garantisce crediti che incidono sul valore di scambio del bene, di regola, sono riconducibili a crediti relativi al processo di produzione o di valorizzazione della *res gravata*; a considerazioni storiche, posto che la norma trova origine nella figura dell’ipoteca privilegiata, anticamente introdotta per superare la disciplina meno garantista dell’ipoteca di diritto comune: quest’ultima prevaleva soltanto sulle ipoteche successive, per converso, l’ipoteca privilegiata – che concentrava in un medesimo assetto i vantaggi del vecchio *privilegium exigendi* e i benefici dell’ipoteca legale – prevaleva pure sulle ipoteche anteriori, alla stregua

Dall'altro lato, può prospettarsi un'altra alternativa che è evidentemente, in estrema sintesi, la "non prevalenza" sopra accordata; questa "non prevalenza" è stata finora statuita esclusivamente per il caso di privilegio a garanzia dei crediti del promissario acquirente<sup>12</sup>, conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare<sup>13</sup>, trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c.<sup>14</sup>

Rispetto al tema più in generale si è scritto, ad ogni modo: "non sembra che l'interpretazione che giunge ad affermare la prevalenza del privilegio sulle sole ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare possa essere considerata fedele alla *ratio* che ha ispirato il legislatore; e sembra altrettanto improbabile che questa impostazione possa trovare il conforto della conformità ai principi costituzionali; il privilegio dettato dall'art. 2775-bis c.c., infatti, viene in soccorso della parte debole dell'intera operazione economica nella quale è generalmente coinvolto per soddisfare un bisogno abitativo che è riconosciuto come meritevole di tutela da norme di rango costituzionale (art. 47)"<sup>15</sup>.

Al di là dell'alternativa sopra rapidamente sunteggiata e dei rilievi appena riportati, crediamo, comunque, che l'interprete abbia l'onere, se non proprio il dovere, di dischiudere alternative, opzioni interpretative e metodologiche che superino le soluzioni transeunti, contingenti e relative a ipotesi specifiche e peculiari.

Ciò è necessario anche alla luce del fatto che i principi ordinatori tratteggiati proprio dall'art. 2748 c.c. non sono così limpidi; se così fossero non si spiegherebbe, come qualche autore ha posto in risalto, "la gran mole di contributi che la dottrina continua ad offrire in materia, né una produzione giurisprudenziale che, a tutti i livelli, stenta a dare sistemazione coerente ad un ordine delle garanzie il quale, ancora oggi, appare, a dispetto delle norme, assai disordinato"<sup>16</sup>.

Il nodo della questione pare, ad ogni modo, nel caso in esame, circoscrivibile alla lettura (o alle letture, più correttamente) che è possibile fornire dell'inciso finale dell'art. 2748 secondo comma del codice civile che letteralmente statuisce: "se la legge non dispone diversamente".

Questa espressione può essere interpretata in più modi, che possiamo solo rapidamente tratteggiare in questa occasione; il primo è evidentemente quello che può apparire più semplice e lineare; al di fuori di precetti derogatori sufficientemente circoscritti, det-

---

di quanto dispone oggi l'art. 2748, comma 2, nel dirimere il conflitto tra il privilegio immobiliare e l'ipoteca immobiliare"; in questi termini PARENTE, *op. cit.*, p. 868 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. art. 2775-bis primo e secondo comma del c.c.

<sup>13</sup> Con riguardo ai profili rimediali connessi ad una ipotesi del tutto peculiare, CUFFARO, *Preliminare di contratto a favore di terzi e riserva di electio amici*, in *Giur. it.*, 1983, 1461 ss.

<sup>14</sup> In arg. DI SABATO, *Il privilegio del promissario acquirente versus le ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1257 e ss.

<sup>15</sup> DI SABATO, *op. cit.*, 1266 e ss.

<sup>16</sup> VIRGADAMO, *Privilegi immobiliari, ipoteca e ordine delle garanzie*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 486 e ss.

tagliati ed espliciti, prevale la regola generale e, potremmo dire, residuale, per la quale i creditori privilegiati prevalgono sui creditori ipotecari.

Letture, questa, “di stretto diritto” che si desume, evidentemente, da una interpretazione strettamente letterale della disposizione di riferimento per la fattispecie in esame.

In realtà si esprime già sin da ora la forte convinzione per cui l’interpretazione letterale non possa portare a risultati definitivi, e ciò in ragione della necessaria pluralità degli argomenti interpretativi; la lettera rappresenta, quindi, un possibile argomento per sciogliere un determinato dubbio interpretativo, ma non “il solo” argomento dirimente.

Del resto il principio sotteso al brocardo *in claris non fit interpretatio* è stato convintamente posto in dubbio sulla base della constatazione per cui la chiarezza del dettato normativo è sempre un “*a posteriori*” del processo interpretativo e mai un “*a priori*” rispetto al medesimo processo.

Ciò vale, evidentemente, sia per il caso in cui si trovi di fronte ad un tipo di normatività che derivi dal “tradizionale” processo di produzione del diritto; sia per il caso di normatività che deriva direttamente dalla “fattispecie” contrattuale<sup>17</sup>.

Ulteriore ipotesi interpretativa, tornando al *proprium* di questa disamina, è quella per cui l’espressione non si riferisca a fattispecie derogatorie ben circoscritte, ma lasci trapelare una sorta di lettura per principi; vale a dire, più nel dettaglio: il principio sancito dalla disposizione soccombe in tutte quelle ipotesi in cui dovesse entrare in campo un diverso principio, che meriterebbe un’attenzione differente e, potremmo dire, “privilegiata” rispetto a quello appena richiamato.

L’impegno dell’interprete deve essere, assecondando questo modello interpretativo, quello di individuare, di volta in volta, una pluralità di principi<sup>18</sup> e con essi una gerarchia assiologica fra gli stessi, utile anche a risolvere questioni specifiche – come quella in esame – che possano trovare nei principi medesimi un adeguato componimento.

Una terza possibile lettura sarebbe quella, invece, di distinguere sulla base degli interessi giuridici di volta in volta presi in considerazione, limitandosi a una distinzione essenziale e forse fin troppo schematica: vale a dire quella fra “*interessi individuali*” e “*interessi super-individuali*”; ancora: fra interessi di tipo privatistico e interessi di diversa natura, generali e/o quasi pubblicistici.

La prevalenza del privilegio non dovrebbe quindi soccombere, ad esempio, nel caso dei crediti del promissario acquirente in ragione del fatto che in queste ipotesi il privile-

---

<sup>17</sup> Sul punto, BRUTTI, *La storicizzazione del diritto contrattuale*, in NGCC, 2019, 601 e ss.; *ivi* anche per i puntuali rimandi ai principali scritti sul tema, fra i quali, principalmente, quelli del professore Guido Alpa. Con riferimento al tema dell’interpretazione contrattuale, per tutti, SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, *passim*; più di recente, GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, *passim*.

<sup>18</sup> *Rectius*, la pluralità di principi coinvolti nella fattispecie concreta.

gio tenderebbe a proteggere interessi di natura individuale connessi al soddisfacimento di un bisogno abitativo che trova riscontro addirittura a livello costituzionale<sup>19</sup>.

La “clausola di riserva” contenuta nell’art. 2748 c.c. sarebbe, in definitiva, da intendersi sulla base degli interessi giuridicamente rilevanti di volta in volta presi in considerazione.

Esigenze di completezza della trattazione non consentono di tralasciare il dato per cui in alcuni casi la deroga alla disciplina generale è espressamente prevista dal legislatore.

A riguardo, come pur si è scritto, una “deroga alla detta regola di priorità è dettata per i crediti dello Stato derivanti dall’applicazione dell’imposta sul valore aggiunto, privilegiati sugli immobili oggetto di cessione o ai quali si riferisce il servizio, nell’ipotesi di responsabilità solidale del cessionario (art. 2772, comma 2 c.c.), nella quale il privilegio non può essere esercitato in pregiudizio dell’ipoteca anteriore e dei diritti precedenti dei terzi (art. 2772, comma 4, c.c.)”<sup>20</sup>.

### 3. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 164 del 2024

La interconnessione costante fra i formanti e il dialogo che spesso caratterizza questi ultimi si desumerebbero anche nella vicenda complessivamente in esame se solo si facesse riferimento ad un ulteriore provvedimento, parimenti importante e degno di attenzione<sup>21</sup>.

In una recente pronuncia la Corte Costituzionale ha infatti affrontato una tematica connessa all’oggetto primario di questa riflessione, la cui disamina può tuttavia apparire utile al fine di proporre considerazioni di carattere più ampio e sistematico che travalichino i meri precetti interpretativi contenuti nei distinti provvedimenti.

L’ulteriore pronuncia in esame, questa volta della Corte Costituzionale, si inserisce in un contesto normativo-interpretativo caratterizzato da una lettura proposta dai formanti (principalmente Corte di Cassazione e Consiglio di Stato) in forza della quale la confisca edilizia<sup>22</sup> ha natura di acquisto a titolo originario.

Se ne deve inferire, in mancanza di diversa previsione, l’estinzione di eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti e gravanti sul bene confiscato.

La Corte con la pronuncia in oggetto considera “sproporzionato” e “irragionevole” il risultato di cui sopra soprattutto con riferimento all’ipotesi in cui sia a soccombere il diritto di ipoteca in capo al creditore non responsabile dell’abuso edilizio.

<sup>19</sup> SCOTTI, *Il diritto alla casa tra la Costituzione e le Corti*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015, 1 e ss.

<sup>20</sup> PARENTE, *I privilegi del credito: lessemi legislativi e iponimia delle fonti*, cit., 868 e ss.

<sup>21</sup> Sul ruolo dei formanti, per tutti, SACCO, *Legal Formants*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1991, 343 e ss.

<sup>22</sup> Conseguente alla mancata demolizione dell’immobile abusivo da parte del responsabile dell’abuso e del proprietario.

In ragione di quanto sopra, la confisca deve, ad ogni modo, “preservare” il diritto di ipoteca iscritto dal creditore prima della trascrizione dell’atto di acquisto a favore del Comune per il caso in cui il creditore medesimo, come del resto già chiarito, non sia responsabile dell’abuso.

Dalle considerazioni appena tratteggiate è derivata, da un punto di vista più squisitamente “normativo”, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 7 comma 3 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e dell’art. 31 comma 3 primo e secondo periodo del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380<sup>23</sup>.

È interessante il ragionamento che la Corte compie, soprattutto rispetto alle esigenze di tutela sottese alle differenti discipline coinvolte nella materia in esame in questa parte del lavoro; da questo punto di vista può dirsi che la tutela del credito ipotecario<sup>24</sup> (affermata dalla Consulta) non si mostra in grado di danneggiare gli interessi sottesi alla normativa urbanistica.

La tutela di questi ultimi interessi si realizza, infatti, attraverso l’espropriazione forzata, la vendita forzata e la sanatoria e/o la demolizione da parte dell’aggiudicatario.

In altri termini, il pregiudizio delle ragioni del creditore *de quo* sarebbe assolutamente ingiustificato in ragione del fatto che non si mostrerebbe minimamente in grado di soddisfare gli interessi giuridicamente rilevanti in materia urbanistico-edilizia.

#### **4. (Segue) Gli aspetti da valorizzare, anche in relazione all’ordinanza interlocutoria**

Sebbene, come chiarito, la pronuncia della Corte Costituzionale affronti un tema differente da quello che rappresenta l’oggetto primario della presente riflessione, la stessa appare utile per una serie di ragioni.

In primo luogo, in quanto appare in grado di avallare forme di ragionamenti giuridici che vanno oltre i dati formali di carattere “meramente” normativo.

Ciò, qui solo incidentalmente, a dispetto di quella tendenza che è stata ben descritta di recente nei seguenti termini: “la Corte costituzionale, anche in forza di un *self restraint* non sarebbe in grado di sindacare oltre una certa misura dette norme e in particolare non potrebbe emettere sentenze additive che implicino l’esercizio di una discreziona-

---

<sup>23</sup> Per quanto riguarda le disposizioni richiamate nel testo la prima è stata dichiarata illegittima nella parte in cui non salvaguarda il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore – non responsabile dell’abuso – “in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell’atto di accertamento dell’inottemperanza alla ingiunzione a demolire”; la seconda, invece, è subentrata alla precedente conservandone il medesimo contenuto precettivo.

<sup>24</sup> Sulla quale, in termini più ampi da quelli affrontati in questa sede, ADDANTE, *La sostenibilità del credito immobiliare fra meritevolezza del consumatore e responsabilità del creditore*, in *Giust. civ.*, 2022, 925 e ss.

lità consistente nella scelta tra una pluralità di soluzioni, scelta che competerebbe in via esclusiva al legislatore<sup>25</sup>.

La Corte sembra propugnare, ad ogni modo e nonostante quanto sopra riportato, un tipo di ragionamento in forza del quale, nel caso di conflitto fra disposizioni o gruppi di disposizioni ispirati a principi e/o precetti generali differenti, per statuire le necessarie gerarchie e le debite differenze, è opportuno apprezzare gli interessi che concretamente ciascuna disposizione e/o gruppo di norme tende a proteggere.

In secondo luogo, questa pronunzia si mostra particolarmente interessante perché induce a ritenere che l'acclarata inefficacia di una data soluzione formale si mostra in grado di favorire scelte modificative del sistema stesso.

La mancata salvaguardia delle ragioni creditorie porta, infatti, la Corte alla declaratoria di inefficacia delle disposizioni che, all'interno del micro-sistema normativo<sup>26</sup> preso in considerazione, proteggono e avallano questa tipologia di soluzione.

Resiste evidentemente un dato insopprimibile che non è possibile, ad ogni modo, approfondire in questa sede: il potere della Corte Costituzionale non è lo stesso potere istituzionalmente riconosciuto in capo alla Corte di Cassazione destinataria, ad ogni modo, come è noto, di una funzione nomofilattica il cui rilievo e la cui portata non sono certamente trascurabili.

Ciò non può impedire, ad ogni modo, che l'interprete provi comunque a trovare soluzioni in cui le visioni dei differenti formanti mostrino un'interna e armoniosa sistematicità anche in ossequio al principio della certezza del diritto.

## 5. Alcuni rilievi conclusivi

Dalle pronunzie richiamate e affrontate, nell'economia di questa trattazione, pare potersi ricavare la considerazione per cui in molti casi i conflitti fra disposizioni e, a livello più generale, fra istituti possono essere risolti, più che sulla base di dati formali di carattere normativo, in ragione degli interessi che le diverse normative tendono a proteggere.

Alla luce di quanto sopra la rimessione alle Sezioni Unite della questione oggetto primario di queste riflessioni pare non possa prescindere da un'attenta analisi degli interessi protetti e del diverso grado assiologico degli stessi<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> In questi termini, VIRGADAMO, *Privilegi immobiliari, ipoteca e ordine delle garanzie*, cit., 490 e ss.

<sup>26</sup> Su questa nozione e sulle sue implicazioni, teoriche ed applicative, le classiche pagine di IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, *passim*.

<sup>27</sup> Sulle letture assiologiche connesse al diritto interno e, in particolare, al diritto privato non può che ricordarsi in questa occasione il contributo di Angelo Falzea; per un'attenta disamina della posizione complessiva del Maestro cfr., ad ogni modo, ORLANDI, *Angelo Falzea o del positivismo assiologico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1042 e ss.; in arg. anche SIRENA (a cura di), *Oltre il 'positivismo giuridico' in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 2012, *passim*.

Proprio in ragione di quanto detto il privilegio di cui all’art. 316 comma 4 c.p.p. (posto a tutela di interessi super-individuali) difficilmente potrà ritenersi soccombente rispetto agli interessi (di natura squisitamente privatistica) del creditore garantito da ipoteca iscritta anteriormente al sequestro penale.

Ciò anche in ragione del fatto che questi ultimi interessi non possono trovare protezione attraverso il ricorso all’art. 47 della Carta Costituzionale che è volto, invece, alla protezione e regolamentazione del risparmio.

Quanto sopra affermato non equivale a produrre una interpretazione meramente letterale e/o formale dell’art. 2748 del c.c.; è solo, infatti, una mera casualità che l’interpretazione proposta confermi, di fatto, il contenuto generale di tale disposizione.

Per il caso in cui la comparazione fra i diversi interessi portasse a individuare una parità assiologica di interessi o, addirittura, la necessità di preferire gli interessi del creditore ipotecario rispetto a quello privilegiato, l’interpretazione dell’art. 2748 c.c. dovrebbe essere volta a ribaltare il contenuto precettivo della disposizione, enfatizzando al massimo e nel modo più ampio possibile l’inciso, più volte richiamato, “se la legge non dispone diversamente”.

Quanto sopra pone evidentemente un tema di teoria generale legato alla riserva di legge<sup>28</sup> contenuta, comunque, nella disposizione medesima qui in esame.

È evidente come, a parer di chi scrive, l’applicazione del metodo sopra soltanto tratteggiato, nell’economia di questa trattazione, non potrà, ad ogni modo, mai dirsi lesivo della riserva evocata in ragione del fatto che in ogni caso gli interessi da proteggere di volta in volta troveranno comunque fondamento (direttamente e/o indirettamente) in una singola disposizione di legge o in un determinato gruppo di disposizioni di legge o, ancora, in un determinato precetto e/o principio di rango costituzionale.

Del resto la letteratura ha osservato sul punto che “la riserva di legge... che astringe la materia, in quanto fondata sul principio di causalità che giustifica la graduazione delle garanzie, deve essere ancorata ad una valutazione assiologica che non può essere data dalla legge medesima, ‘senza un vaglio di merito derivante dalla legalità costituzionale’<sup>29</sup>, rischiandosi altrimenti l’arbitrio, sebbene legislativo”<sup>30</sup>.

Un’ulteriore riflessione deve riguardare l’asserita impossibilità di impiego dell’interpretazione analogica con riferimento alla materia in esame e, più in particolare, alla figura dei privilegi.

La questione sopra soltanto tratteggiata pone certamente una complessa problematica anch’essa di teoria generale, sulla quale non ci si può evidentemente soffermare, nell’economia di questa trattazione; pone, al contempo, una ulteriore questione, mag-

<sup>28</sup> Cfr. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovra-statali*, Torino, 2019, *passim*. Ivi anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>29</sup> Gli incisi richiamati nel testo sono di CATERINI, *I privilegi, il principio di legalità costituzionale e le ‘classi’ di creditori*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 391 e ss.

<sup>30</sup> VIRGADAMO, *Privilegi immobiliari, ipoteca e ordine delle garanzie*, cit., 502 e ss.

giormente tecnica, legata ad alcune delle caratteristiche essenziali dei privilegi medesimi.

A riguardo si è infatti scritto che “i requisiti di legalità e di tipicità<sup>31</sup> precludono l’interpretazione analogica delle norme in materia di privilegi, che si connotano per la loro eccezionalità... ; anche la giurisprudenza... reputa inapplicabile l’interpretazione analogica alle norme che regolano i privilegi”<sup>32</sup>.

Sulla base della lettura che abbiamo tentato di fornire in questa occasione, tuttavia, gli interessi di volta in volta presi in considerazione esprimono una graduazione assiologica in ragione di precisi riferimenti normativi che trovano il proprio fondamento nella legislazione ordinaria, ovvero nella regolamentazione sovra-ordinata come, ad esempio, quella contenuta nella trama di principi e precetti che caratterizzano la nostra Carta Costituzionale.

Del resto, la disposizione dell’art. 2748 del codice civile non pare incidere sui capitali sopra richiamati (legalità e tipicità) che attengono, prevalentemente, al momento genetico-costitutivo del privilegio e non, pertanto, a quello regolatorio; su quest’ultimo incide, invece, l’articolo sopra richiamato che disciplina, come oramai noto, il conflitto fra l’istituto del privilegio e le altre ipotesi di garanzie.

Alla luce di quanto detto anche il tema dell’interpretazione analogica credo debba essere giustamente trattato (e, se del caso, ridimensionato) evitando la violazione del principio di legalità e/o di tipicità (soltanto) con riguardo a letture che possano incidere sovvertendo e modificando il momento genetico o (meglio) l’assetto regolatorio legal/tipico della fase genetica delle figure giuridiche in esame e, in particolare, dei privilegi.

## ABSTRACT

Il lavoro trae spunto da due recenti pronunce, una della Corte Costituzionale, l’altra della Corte di Cassazione, per affrontare il complesso e dibattuto tema del rapporto di forza fra i privilegi e le altre garanzie reali. La disposizione di riferimento, in questo specifico contesto, rimane l’art. 2748 del codice civile. Il tentativo sotteso al contributo è, in particolare, quello di individuare modelli interpretativi adeguati per valorizzare la riserva di legge contenuta nel secondo comma dell’art. 2748 c.c.

*The work draws inspiration from two recent decisions – one from the Constitutional Court, the other one from the Court of Cassation – for addressing the complex and debated issue of the “balance of power” between “privileges” and other real guarantees. The reference provision, in this specific context, remains the article 2748 of civil code. The made attempt is, in particular, to identify adequate interpretative models to enhance the “legal reserve” contained in the second paragraph of the article 2748 civil code.*

<sup>31</sup> Che caratterizzano, evidentemente, i privilegi oggetto di questa disamina.

<sup>32</sup> Cfr. PARENTE, *I privilegi del credito: lessemi legislativi e iponimia delle fonti*, cit., 834 e ss.



# Tutela inibitoria del consumatore e trasparenza dei modelli omogenei di contrattazione



Angelo Barba

Prof. ord. dell'Università di Siena

**SOMMARIO:** **1.** Le ragioni di interesse per la sentenza. – **2.** Trasparenza ed azione inibitoria: il primato dell'atto. – **3.** La dialettica tra azione individuale e azione collettiva. – **4.** Le condizioni di fatto dell'azione collettiva inibitoria. – **5.** Interesse collettivo e azione inibitoria. – **6.** Contenuto dell'obbligo di trasparenza e *causa petendi*. – **7.** La rilevanza rimediabile della contrattazione distributiva. – **8.** (*Segue*) le pratiche pre-contrattuali e contrattuali. – **9.** Il controllo di trasparenza della contrattazione come esito sistematico. – **10.** Il criterio di controllo della trasparenza: il consumatore medio. – **11.** (*Segue*) la conformazione applicativa del parametro. – **12.** La funzione del consumatore medio. – **13.** Rischio indisponibile ed imputazione della scelta individuale. – **14.** Per una riflessione futuribile.

## 1. Le ragioni di interesse per la sentenza

La sentenza C-450/22 resa dalla Corte di Giustizia<sup>1</sup> merita di essere segnalata e meditata non tanto in ragione della vicenda processuale da cui trae origine e, quindi, con riguardo alla clausola di tasso minimo (*floor*) contenuta nelle condizioni generali di contratto di mutuo a tasso variabile<sup>2</sup>, da un lato; e nella direzione di analisi indicata dalla relazione rimediabile tra nullità e restituzione costruita nelle forme del diritto (sostan-

<sup>1</sup> In *Foro it.*, 2024, IV, 409 (in seguito: Sentenza).

<sup>2</sup> Si v., in generale, CAMPAGNA, *La clausola con tasso minimo preteso nel mutuo (c.d. floor clause)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 99 ss. Cfr. altresì la decisione del collegio di coordinamento ABF, 4 aprile 2024, n. 4137.

ziale) dei consumatori attraverso la tecnica processuale dell'azione inibitoria collettiva, dall'altro<sup>3</sup>. Né l'osservatore più consapevole della giurisprudenza italiana deve registrare in termini di assoluta novità l'esito del giudizio, in relazione alla prima delle due questioni pregiudiziali sollevate dal giudice spagnolo<sup>4</sup>: in realtà la configurabilità di un'azione inibitoria collettiva per il controllo di trasparenza delle condizioni generali di contratto era già stata riconosciuta – allora *ex art. 1469 sexies c.c.* – in una nota e risalente vicenda giudiziaria nazionale<sup>5</sup>. Anche in quella lontana esperienza giuridica emergeva un problema di adeguatezza della tecnica processuale (azione inibitoria collettiva) alle finalità di tutela giurisdizionale del consumatore dalle clausole abusive, ma in un contesto argomentativo diverso da quello elaborato dal giudice spagnolo per la formulazione della prima questione pregiudiziale.

Conviene soffermarsi sui contenuti tecnici di questa differenza, soprattutto per comprendere il comune orizzonte di senso giuridico e culturale che, in realtà, caratterizza le argomentazioni dei due giudici nazionali: quello spagnolo nella formulazione della prima questione pregiudiziale, da un lato, e quello italiano nella costruzione della motivazione che sosteneva l'ammissibilità e l'esito positivo dell'inibitoria collettiva, dall'altro. Un comune atteggiamento ermeneutico e sistematico che, per altro, l'osservatore può rintracciare, immutato, anche nelle riflessioni di commento che analizzano oggi la decisione del giudice europeo e che accompagnavano, allora, la vicenda giurisprudenziale nazionale<sup>6</sup>.

Infatti, è dall'analisi dell'orizzonte di senso comune alle due diverse argomentazioni dei giudici nazionali che emerge il significativo valore sistematico dell'esito ermeneutico elaborato e raggiunto dal giudice europeo.

A voler chiarire adesso l'occasione, il limite e la complessiva architettura concettuale di questa breve riflessione, occorre sottolineare come le ragioni di interesse per la decisione del giudice europeo derivino, tra l'altro, dalla coerente ed analitica conferma

<sup>3</sup> A riguardo v. PAGLIANTINI, *Caixbank e a.: l'epopea delle "suelo" e le malebolgie dell'azione inibitoria collettiva. Giustizia mosse il mio alto fattore*, in *Foro.it.*, 2024, IV, 419 ss.

<sup>4</sup> È utile ricordarla: "Se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva [93/13], nel rinviare alle circostanze che accompagnano la conclusione del contratto e l'articolo 7, paragrafo 3, della medesima direttiva, nel fare riferimento a clausole simili, siano applicabili alla valutazione astratta, ai fini del controllo di trasparenza nell'ambito di un'azione collettiva, di clausole utilizzate da oltre un centinaio di istituti finanziari in milioni di contratti bancari, senza tener conto del livello dell'informazione precontrattuale fornita sull'onere giuridico ed economico della clausola, né delle altre circostanze ricorrenti in ciascun caso al momento della stipula".

<sup>5</sup> Conclusa con la sentenza Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 667 ss. ma v. App. Roma, 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 119 ss.

<sup>6</sup> VISMARA, *Clausola floor e contratti di finanziamento*, in *I contratti*, 2024, 637 ss.; MOLITERNI, *Clausole abusive e contratti bancari: azione inibitoria, ius variandi nei rapporti regolati in conto corrente e limitazione pattizia della responsabilità della banca nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 678 ss.; COSTANZA, *I consumatori: clienti speciali delle banche*, in *Giust. civ.*, 2009, 701 ss.

della necessità e dell'*insufficienza* nella costruzione del sistema di tutela dei consumatori, ed in particolare nell'ermeneutica della disciplina delle clausole abusive, di un'impostazione e di un modello giuridico-culturale adagiato sul primato dell'*atto*, del contratto di consumo, e abituato a trascurare, spesso persino ad ignorare, l'*attività* – sia quella di impresa sia quella di consumo – come struttura della dinamica concorrenziale del mercato<sup>7</sup>.

Il controllo di trasparenza formale e sostanziale della clausola di tasso minimo, come di qualsiasi altra clausola predisposta dal professionista per uniformare la distribuzione ai consumatori di beni o servizi, se attivato mediante l'azione inibitoria collettiva si manifesta nell'esperienza giuridica come controllo di correttezza delle “pratiche contrattuali e precontrattuali standard”<sup>8</sup>.

Detto in altri termini, la sentenza del giudice europeo conferma la rilevanza della *contrattazione*, non solo del *contratto*, nell'ermeneutica della direttiva 93/13 e, quindi, per la costruzione del sistema di tutela del consumatore.

## 2. Trasparenza ed azione inibitoria: il primato dell'atto

La prima questione pregiudiziale sollevata dal giudice spagnolo era costruita sul rapporto tra l'art. 4, paragrafo 1, e l'art. 7, paragrafo 3, della direttiva 93/13. Si dubitava in particolare che il riferimento, ai fini della valutazione del carattere abusivo di una clausola, a “tutte le circostanze che accompagnano” la conclusione del contratto – e dunque il riferimento del giudizio a questo preciso “momento” della vicenda negoziale – ed alle “clausole simili” fosse compatibile con la tecnica processuale dell'inibitoria collettiva. Forma processuale, questa, che è sempre caratterizzata, invece, nel senso dell'astrazione dal contesto in cui si colloca il singolo contratto e che, nel caso concreto, era altresì organizzata attraverso una struttura soggettiva ed oggettiva assai complessa: in particolare *a)* per il numero assai elevato di enti creditizi coinvolti, *b)* per la circostanza che l'inserzione della clausola di tasso minimo avveniva da lungo tempo ed in base alle diverse normative che si erano succedute e, quindi, *c)* per l'impossibilità di verificare le informazioni precontrattuali fornite “in ciascuna fattispecie ai consumatori”.

Nell'esperienza giuridica italiana, il problema della compatibilità tra azione inibitoria collettiva e controllo di trasparenza della clausola traeva ragione da un argomento di natura ermeneutica: la violazione del dovere di predisporre il regolamento contrattuale redigendo le clausole in modo chiaro e comprensibile (oggi art. 35 cod. cons., allora art. 1469-*quater* c. c.) non era richiamato nell'art. 1469-*quinques* c.c. (oggi art. 36 cod. cons.) che menzionava solo gli artt. 1469-*bis* e 1469-*ter* c. c. (oggi artt. 33 e 34 cod. cons.).

<sup>7</sup> Cfr., per questa impostazione, già BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, *passim*, ma 277 ss. (283 ss.)

<sup>8</sup> Questa la formula utilizzata dal giudice europeo nella Sentenza, v. punto n. 41.

In sostanza: se la violazione dell'obbligo di trasparenza *non rileva* ai fini della vessatorietà della clausola, l'azione inibitoria collettiva – prevista per inibire l'uso delle condizioni “di cui si è accertata l'abusività” (oggi art. 37, comma 1 cod. cons.) – non può avere ad oggetto il controllo di trasparenza.

Si tratta, dunque, di due argomentazioni molto diverse, che tuttavia traggono origine e ragione di senso dalla medesima impostazione giuridico-culturale: quella che accoglie ed elabora il *problema* giuridico delle clausole abusive nel *sistema* del diritto dei consumatori *solo* attraverso l'analisi dell'atto.

Il dubbio del giudice spagnolo è generato, infatti, dalla necessità di emancipare il controllo di trasparenza dal singolo contratto e dal contesto che ha accompagnato la concreta vicenda negoziale sino al momento della sua conclusione.

La questione affrontata dal giudice italiano moveva, nondimeno, dalla estraneità del controllo di trasparenza alla disciplina di tutela del consumatore dalle clausole abusive predisposte dal professionista: il problema giuridico traeva origine, quindi, dalla disciplina dell'atto come limite dell'azione inibitoria collettiva.

Accolto il primato dell'atto, della sua vicenda e della sua disciplina, diventa difficile o incerta la configurabilità di un controllo di trasparenza attraverso un'azione collettiva inibitoria.

Nella risalente vicenda giudiziaria italiana, il problema veniva risolto attraverso un'operazione ermeneutica che, in sostanza, confermava il primato e la esclusiva centralità della disciplina del contratto: riconosciuta la relazione funzionale, rilevante ai fini della protezione del consumatore, tra trasparenza e vessatorietà della clausola, si affermava il principio per cui l'ambito di applicazione dell'art. 1469-*sexies* c.c. (oggi art. 37, cod. cons.) include “il difetto di chiarezza e comprensibilità”<sup>9</sup>.

### 3. La dialettica tra azione individuale e azione collettiva

L'impostazione ed il modello giuridico e culturale accolti dal giudice europeo nell'ermeneutica della direttiva 93/13 muovono, invece, dalla pluralità delle tecniche processuali funzionali alla tutela giurisdizionale del consumatore. Da un lato l'azione individuale del consumatore che mobilita lo Stato, il giudice nazionale, a controllare persino d'ufficio il carattere abusivo della clausola e che è destinata a recuperare ragioni e misure di simmetria tra i poteri che si incontrano e si scontrano nella singola, concreta, vicenda negoziale. Dall'altro, l'azione inibitoria collettiva che la soggettività metaindividuale organizzata per la rappresentanza (o la rappresentazione) degli interessi *collettivi* dei consumatori, esercita per promuovere e realizzare l'interesse pubblico nel senso di *generale* (non solo dello Stato nazionale) al buon funzionamento del mercato concorren-

<sup>9</sup> Conserva ragioni di utilità il commento all'art. 1469-*sexies* di TOMMASEO, in *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Commentario a cura di ALPA e PATTI, t. I, Milano, 1997, 755 ss.

ziale. Un modello rimediabile che l'osservatore non può ricondurre al principio di sussidiarietà orizzontale, ma che, da tale principio, riceve il senso ed il valore sistematico della differenza tra interesse pubblico in quanto imputato allo Stato ed interesse generale in quanto rilevante nella dinamica giuridica *senza* imputazione (arg. ex art. 118 cost. e art. 11 TUE). Differenza che, tra l'altro, individua e custodisce l'autonomia concettuale e rimediabile dell'interesse collettivo<sup>10</sup>.

In tale direzione di analisi la dialettica tra azione individuale ed azione collettiva, accolta ed utilizzata nella sentenza del giudice europeo in relazione all'ermeneutica della direttiva 93/13, ma rilevante anche come modalità argomentativa funzionale alla costruzione del sistema unitario di tutela del consumatore, rende conoscibile un più intimo e complesso significato. Rivela, in particolare, il reale valore rimediabile che le tecniche processuali, in quanto complementari, generano nella costruzione della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi collettivi dei consumatori.

L'azione inibitoria collettiva, (non solo) nella direttiva 93/13, *compila* l'apparato rimediabile individuale, che è destinato alla ricostruzione o alla conservazione della simmetria tra i poteri nella concreta vicenda negoziale di consumo attraverso tecniche di *compensazione* che incidono sul contratto o sul rapporto di consumo. In particolare, l'inibitoria collettiva ex art. 7 della direttiva (art. 37 cod. cons.), in quanto configurata per eliminare dalla contrattazione uniforme le clausole abusive, svolge una *funzione regolatoria* del mercato. Una funzione di regolazione affidata all'iniziativa privata dei soggetti singoli (art. 840-*sexiesdecies*, c.p.c.) o associati (art. 37 e art. 140-*octies*, cod. cons.), dunque realizzata secondo le forme tecniche del diritto privato e destinata a tutelare – sempre attraverso l'intervento del giudice<sup>11</sup> – l'interesse collettivo dei consumatori alla correttezza del rapporto generato dal contratto e, con specifico riguardo alla trasparenza, della contrattazione.

Dunque, la dialettica tra azione individuale ed azione collettiva, accolta ed attivata dal giudice europeo secondo la modalità logico-argomentativa riconducibile alle categorie della 'valutazione in astratto' e della 'valutazione in concreto', dimostra il differente e

<sup>10</sup> A riguardo, sembra utile sottolineare la necessità, non sempre avvertita in dottrina, di non confondere o identificare l'interesse pubblico menzionato nel considerando n. 70 della direttiva 2020/1828 in relazione all'interesse collettivo dei consumatori con l'interesse dello Stato. La formula, interesse pubblico – che non può certo essere intesa come interesse dello Stato in quanto imputato all'Unione europea che, invece, non è uno Stato – è da intendere come *interesse generale*: quindi *anche* (non solo) dello Stato nazionale (arg. ex art. 118, comma 4, Cost.). Si tratta di una formula che, nel diritto di fonte europea, individua il referente teleologico (ed assiologico) delle forme giuridiche riconducibili sia al diritto privato sia al diritto pubblico. L'iniziativa privata che si manifesta nella forma processuale dell'azione rappresentativa promuove l'interesse generale in quanto tutela l'interesse collettivo dei consumatori. Ma v. AULETTA, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1670 ss.

<sup>11</sup> Quindi non in applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. Cfr. a riguardo, BARBA, *Contenzioso climatico e difetto assoluto di giurisdizione*, in corso di pubblicazione in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6/2024 (§§ 1 e 2).

complementare valore funzionale della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi collettivi dei consumatori: la funzione compensativa e la funzione regolatoria<sup>12</sup>.

#### 4. Le condizioni di fatto dell'azione collettiva inibitoria

La circostanza, di natura processuale, che attraverso l'azione rappresentativa sia possibile realizzare esiti compensativi, non incide né limita la funzione regolatoria che l'azione collettiva inibitoria è destinata a realizzare nel sistema di tutela del diritto dei consumatori. L'azione rappresentativa promossa per richiedere provvedimenti compensativi *ex art. 140-novies* cod. cons. non svolge (se non in misura limitata ed in forma mediata ed occasionale) una funzione regolatoria ed ha comunque bisogno di conservare e garantire, in termini rimediali, una connotazione individuale; sempre, anche quando è esercitata senza mandato da parte dei consumatori e dunque nella forma della rappresentanza (non della rappresentazione) degli interessi collettivi dei consumatori.

Il senso tecnico e funzionale che una lettura meno ideologica e sbrigativa della condizione di ammissibilità della domanda prevista nella lettera *c)* del comma 8, dell'art. 140-*septies* cod. cons. può acquisire, è quello per cui la previsione normativa assicura la misura minima necessaria (e sufficiente) di rilevanza individuale nella dinamica processuale di tipo rappresentativo destinata alla compensazione<sup>13</sup>.

Il riferimento all'omogeneità dei diritti individuali per cui è richiesta l'adozione dei provvedimenti compensativi previsti dall'articolo 140-*novies*, cod. cons. garantisce che la lesione dell'interesse collettivo corrisponda, nella concreta vicenda individuale di consumo, alla lesione di un diritto soggettivo. Quest'ultimo, infatti, continua ad essere il fondamento ed il limite della rilevanza individuale del provvedimento compensativo chiesto ed ottenuto attraverso l'azione rappresentativa. La tutela del diritto soggettivo resta lo scopo e la ragione che giustifica il mezzo processuale (l'azione rappresentativa con *petitum* compensativo).

La "similarità delle pretese individuali"<sup>14</sup> che alcuni legislatori nazionali hanno scelto di utilizzare in forma di condizione di ammissibilità della domanda giudiziale – quello italiano attraverso la "omogeneità dei diritti individuali"<sup>15</sup> – viene mobilitata come criterio di qualificazione (conformazione) giuridica del rapporto tra astratto e concreto.

---

<sup>12</sup> Ma v. per una diversa percezione CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt repsol*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 437 ss.

<sup>13</sup> Cfr. GABELLINI, *Azione di classe e giustizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 143 ss.

<sup>14</sup> Così il considerando n. 12 della Direttiva 2020/1828.

<sup>15</sup> Si v. altresì il § 15 del *Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetz – VduG* che prevede la *Gleichartigkeit der Verbraucheransprüche* solo per le *Abhilfeklage*, non per le *Musterfeststellungsklage* (§ 41 ss.); tale condizione di ammissibilità non è prevista neppure nel *Gesetz über Unterlassungsklage* (UKlaG).

Rapporto che, nell'esercizio della giurisdizione, si manifesta mediante la complementare combinazione tra collettivo (azione rappresentativa) e individuale (provvedimento compensativo richiesto)<sup>16</sup>. La formula fissa una 'misura della giurisdizione': il giudice, nel complesso controllo di ammissibilità dell'azione, non può oltrepassare questo limite (l'omogeneità dei diritti) dell'astrazione dalle singole vicende individuali – si pensi, ad esempio, all'irrelevanza della prescrizione di una singola pretesa individuale ai fini dell'ammissibilità di un'azione rappresentativa con *petitum* compensativo. Non può superare, detto in altri termini, il limite dell'*eguaglianza formale* delle ragioni che giustificano, in astratto, le pretese individuali<sup>17</sup>.

Tuttavia, quando l'azione rappresentativa non è promossa per chiedere un provvedimento compensativo, bensì per ottenere un provvedimento inibitorio, non rileva l'omogeneità dei diritti individuali. La condizione di ammissibilità è riconosciuta solo in relazione ai provvedimenti compensativi<sup>18</sup>.

È a tal riguardo che l'attenta lettura della sentenza resa dal giudice europeo e delle conclusioni dell'avvocata generale deve resistere alla tentazione di superficiali suggestioni. Nella motivazione, il riferimento allo stesso settore economico dei professionisti che utilizzano o raccomandano l'impiego delle medesime clausole contrattuali o di clausole contrattuali simili, non richiama né evoca in alcun modo l'omogeneità dei diritti individuali *ex art. 140-septies*, comma 8, lett. c), cod. cons.

L'art. 7 della direttiva 93/13, nell'interpretazione accolta dal giudice europeo e sostenuta anche dall'avvocata generale, si limita ad individuare due condizioni di fatto necessarie per l'esercizio dell'azione collettiva inibitoria. In particolare, a voler riproporre il senso dell'argomentazione in termini di diritto processuale italiano, l'omogeneità delle *circostanze di fatto* – non dei diritti individuali dei consumatori – individuate dal riferimento allo stesso settore economico dei professionisti convenuti ed alle clausole identiche o almeno simili assicura il carattere unitario della *causa petendi* in relazione all'allegazione dei fatti (*arg. ex art. 163*, n. 4 c.p.c.) che solo le parti possono introdurre nel giudizio (*arg. ex art. 115 c.p.c.*).

Un esito ermeneutico, quello raggiunto dal giudice europeo, necessario per escludere la rilevanza di circostanze di fatto diverse ai fini dell'esperibilità dell'azione ed in particolare per escludere che il numero elevato dei convenuti, dei contratti conclusi nel corso di un lungo periodo di tempo e delle molteplici formulazioni delle clausole, potesse impedire il controllo di trasparenza attraverso l'azione inibitoria collettiva.

<sup>16</sup> Si v. per alcuni preziosi spunti di riflessione DE CRISTOFARO, *Le "azioni rappresentative" di cui agli artt. 140-ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1 ss.

<sup>17</sup> Si v., ma solo per alcuni spunti, TISCINI, *Funzione sociale del processo civile e uguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 601 ss.

<sup>18</sup> Cfr. per alcuni spunti MARTINO, *Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive ex artt. 840-bis e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1222 ss.

## 5. Interesse collettivo e azione inibitoria

L'azione rappresentativa di tipo inibitorio – a differenza di quella con *petitum* compensativo – non *presuppone* un diritto soggettivo ed è funzionale, invece, alla costruzione, al riconoscimento, di una situazione soggettiva meritevole di protezione. L'interesse collettivo dei consumatori, inteso come situazione soggettiva *protetta*, emerge nella concreta esperienza *solo* attraverso l'azione inibitoria. L'azione individuale che attiva il controllo della clausola predisposta dal professionista, tutela invece un diritto soggettivo già riconosciuto e protetto nel sistema del diritto dei consumatori (arg. *ex art.* 2, comma 2, lett. *e* cod. cons., ed *ex art.* 143 cod. cons.)<sup>19</sup>.

In tale direzione di analisi, la funzione normativa (sostanziale, non processuale) ancora attuale dell'art. 37 cod. cons. non è diversa da quella di altre norme che pure tipizzano azioni inibitorie collettive: a titolo esemplificativo, l'art. 28 st. lav.; l'art. 2601 c.c., le diverse ipotesi di discriminazione collettiva<sup>20</sup>. La norma riconosce non solo alle associazioni dei consumatori, ma anche alle associazioni di professionisti, il potere di attivare un rimedio che *rende rilevante* un interesse che potrebbe essere protetto solo come diritto soggettivo attraverso un'azione individuale<sup>21</sup>. Il legislatore costruisce un tipo rimediale, che si manifesta nella concreta esperienza come autonoma *causa petendi*. Infatti, a voler riflettere in termini generali, l'accertamento della vessatorietà della clausola (*petitum*) potrebbe essere chiesto sia in sede di giudizio individuale *ex art.* 36 cod. cons. sia, in base all'art. 37 cod. cons., attraverso l'azione inibitoria collettiva: in entrambi i casi l'interesse è protetto con la rimozione della clausola abusiva dal regolamento contrattuale. Solo nella prima ipotesi, tuttavia, l'azione è funzionale alla tutela di un diritto soggettivo già riconosciuto dal legislatore. Dunque, alla diversa *causa petendi* corrisponde un identico *petitum*.

Il discorso raggiunge così il senso tecnico e concreto, in termini di effettività della tutela del consumatore, della 'relazione di complementarità tra azione individuale ed azione collettiva. L'esito che il legislatore europeo ha inteso raggiungere con l'art. 6 della direttiva 93/13, ossia che "le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore", deve essere garantito anche quando il singolo consumatore si limiti a subire o decida di subire la clausola

<sup>19</sup> Occorre sottolineare a riguardo che la nullità prevista dall'art. 143 cod., cons. non è riconducibile alla categoria della nullità di protezione *ex art.* 36 cod. cons., Quest'ultima continua ad essere accolta e configurata come eccezione rispetto alla nullità *ex art.* 1418 c.c. cui, invece, è da ricondurre il rimedio *ex art.* 143 cod. cons. Cfr. TAKANEN, *La nullità di protezione, riequilibrio del contratto e autonomia contrattuale*, in *I Contratti*, 2024, 543 ss. Si v. inoltre ALBANESE, *L'asimmetria informativa nel trading on line, tra nullità di protezione e teoria generale del contratto*, in *Giur. comm.*, 2024, 393 ss.

<sup>20</sup> Su cui v. RAZZOLINI, *La discriminazione collettiva di genere nel processo*, in *Lavoro e diritto*, 2024, 231 ss.

<sup>21</sup> Cfr. in generale VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 63 ss.; TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 331 ss. (341 s.).

abusiva. L'inibitoria collettiva, a riguardo, svolge una 'funzione sindacale' che rivela, da un lato, un preciso contenuto regolatorio: quello di garantire le condizioni di efficienza normativa – non certo economica – dello scambio e, quindi, di promuovere la dinamica concorrenziale del mercato proteggendo la libertà di autodeterminazione della persona nella scelta di consumo. Dall'altro, un contenuto compensativo che si manifesta *anche* nella singola vicenda negoziale: il provvedimento che inibisce l'uso delle condizioni (generali) di cui sia accertata l'abusività incide sulla contrattazione e sul contratto (già concluso). Senza tuttavia impedire, nei limiti del comma 2 dell'art. 36 cod. cons. e dell'art. 143 cod. cons., all'autonomia privata di raggiungere un esito individuale diverso attraverso la trattativa.

## 6. Contenuto dell'obbligo di trasparenza e *causa petendi*

Con specifico riguardo al controllo di trasparenza, il giudice europeo era chiamato a verificare la configurabilità di un'azione inibitoria collettiva. In assenza di precedenti in termini, occorreva in particolare stabilire se il contenuto dell'obbligo di trasparenza accolto nella disciplina europea delle clausole abusive disponesse di elementi di oggettività sufficienti al fine di un adeguato controllo attraverso la tecnica processuale dell'azione inibitoria<sup>22</sup>.

L'interesse collettivo alla trasparenza dei rapporti contrattuali può essere *rappresentato* nel processo attraverso un'azione inibitoria solo se sia possibile raccogliere ed organizzare in *causa petendi* un contenuto oggettivo della trasparenza in senso formale e sostanziale, ossia un contenuto emancipato dal singolo contratto e dalle circostanze di fatto che hanno accolto ed accompagnato la sua conclusione.

In tale direzione di analisi l'argomentazione elaborata dal giudice europeo ricostruisce la connotazione oggettiva della trasparenza a cominciare dalla sua estensione applicativa, ossia dalla considerazione della sua rilevanza nel sistema di tutela del consumatore costruito con la direttiva sulle clausole abusive. Un'operazione ermeneutica, quest'ultima, che coinvolge in primo luogo il contenuto del dovere, e poi si sofferma sul suo funzionamento processuale.

La trasparenza, sia quella formale sia quella sostanziale, viene accolta nel sistema della direttiva 93/13 come requisito di legalità delle clausole proposte al consumatore per iscritto (arg. *ex art.* 5 e, per il diritto italiano, art. 35 cod. cons.). Dunque, come regola conformativa dell'autonomia privata che rileva nei giudizi *ex art.* 33, comma 1, e 36 cod. cons. anche quando il controllo sul contenuto della clausola non riveli o non escluda un significativo squilibrio di diritti e di obblighi.<sup>23</sup> Il giudice, quindi, deve utilizzare l'adempimento dell'obbligo di trasparenza (e l'onere di conoscenza e di comprensione del con-

<sup>22</sup> Sul dovere di trasparenza cfr. in generale BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2024, 173 ss., 187 ss., e 316 ss.

<sup>23</sup> Ma cfr. Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, in *Foro it.*, 2022, 1, I, c. 277 ss.

sumatore<sup>24</sup>) come criterio di giudizio per il controllo sulla *costruzione* del regolamento contrattuale (arg. ex art. 1341 c.c.), nello stesso modo e nella stessa misura in cui lo può utilizzare per il controllo sul *contenuto* del regolamento contrattuale. Controllo, quest'ultimo, che riesce a raggiungere persino le clausole essenziali ex art. 34 comma 2 cod. cons. (art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13).

Ricostruita "la portata dell'obbligo"<sup>25</sup>, l'argomentazione si sofferma sulle tecniche processuali funzionali all'attuazione della tutela giurisdizionale del consumatore, ossia sul modo processuale dell'applicazione del dovere.

A tal riguardo emerge, in maniera troppo sbrigativa nella sentenza ma in termini più analitici nelle conclusioni dell'avvocata generale, il complesso problema della relazione tra obbligo di trasparenza e processo.

Di tale problema, il senso tecnico si risolve nell'affermazione, o nella negazione, di una necessaria relazione strutturale e funzionale tra azione individuale e controllo di trasparenza. Se la tutela giurisdizionale del consumatore in relazione al dovere di trasparenza è condizionata dall'accertamento delle circostanze del caso concreto; se, in altri termini, il *sapere* può incidere sul *potere* solo nel contesto relazionale circoscritto alla singola vicenda di trasmissione e di comprensione del contenuto informativo; dunque, in sostanza, se il livello di protezione garantito attraverso l'obbligo di trasparenza si manifesta nella concreta esperienza giuridica solo e sempre come protezione della *persona fisica* che consuma, allora (e solo allora) l'interprete dovrà riconoscere una necessaria ed esclusiva connessione strutturale e funzionale tra azione individuale e controllo di trasparenza.

## 7. La rilevanza rimediale della contrattazione distributiva

Il discorso da svolgere si occuperà del consumatore medio come criterio di valutazione della trasparenza di una clausola contrattuale, predisposta dal professionista per un uso uniforme nella distribuzione, riconosciuto ormai in maniera costante dal giudice europeo. Un indice, questo, che già rileva, ed in maniera significativa, per individuare la connotazione 'metaindividuale' del dovere di trasparenza. Adesso però interessa sottolineare come dalla vicenda giudiziale europea emerga un indice normativo di fonte legale che esclude una esclusiva relazione strutturale e funzionale tra azione individuale e controllo di trasparenza.

Il senso del discorso, a voler utilizzare il modello normativo di attuazione dell'art. 5 della direttiva 93/13 offerto dall'art. 35 cod. cons. in relazione anche all'art. 34, comma 1, cod. cons., è racchiuso nel contenuto e nell'estensione della eccezione prevista nel comma 3 dell'art. 35.

<sup>24</sup> È questo un tema che verrà trattato in seguito e con riguardo al consumatore medio.

<sup>25</sup> Punto 35 della Sentenza.

La regola per cui, in caso di dubbio sul senso da attribuire ad una clausola (alla stregua del criterio del consumatore medio, non in assoluto), la prevalenza dell'interpretazione favorevole al consumatore non rileva ai fini dell'azione inibitoria ex art. 37 cod. cons., affida all'interprete un'eccedenza di senso normativo da custodire e rispettare nei processi ermeneutici anche in conformità all'art. 4, paragrafo 1 della direttiva 93/13<sup>26</sup>.

Tale regola, di cui il valore sistematico è ancora troppo sottovalutata persino nelle più attente e sofisticate riflessioni sull'interpretazione dei contratti del consumatore, dimostra tra l'altro che il controllo di trasparenza, come controllo di legalità della clausola contrattuale predisposta e standardizzata, può essere attivato anche attraverso un'azione collettiva<sup>27</sup>.

Il giudizio di vessatorietà, quello che deriva dalla violazione dell'obbligo di trasparenza, quando viene attivato dall'azione inibitoria deve rimanere indifferente all'interpretazione più favorevole al consumatore proprio perché *astratto* dalle circostanze della singola vicenda negoziale. Un esito, questo, confermato per altro dalla considerazione della natura preventiva dell'azione inibitoria che incide sulla contrattazione futura oltre che sui contratti già conclusi.

Detto in altri termini, il giudice può valutare la clausola predisposta dal professionista anche solo come antecedente che organizza la contrattazione distributiva uniforme, senza coinvolgere nella valutazione gli elementi di fatto e le situazioni personali del singolo consumatore che specificano e individuano la vicenda individuale di consumo.

In tale direzione di analisi, quella della tutela giurisdizionale del sapere come condizione di effettività della libertà (capacità) di autodeterminazione della persona fisica che agisce come consumatore, l'operazione ermeneutica del giudice europeo sollecita una riflessione sistematica che coinvolge le azioni rappresentative a contenuto inibitorio nell'attuazione del principio generale di trasparenza, ma senza limitarsi a riconoscere la possibilità giuridica del controllo di trasparenza.

In realtà la tecnica processuale rivela un contenuto sostanziale di tutela giurisdizionale che l'interprete deve elaborare anche in termini di rilevanza giuridica della vicenda negoziale. L'azione inibitoria collettiva, funzionale al controllo di trasparenza della clausola di tasso minimo come di altre clausole predisposte dal professionista per essere utilizzate in maniera sistematica ed uniforme, riconosce rilevanza giuridica rimediabile delle pratiche precontrattuali e contrattuali proposte ai consumatori.

Attraverso l'interesse collettivo tipizzato dall'art. 37 cod. cons. (art. 7 della Direttiva 93/13) come meritevole di protezione, il funzionamento rimediabile del principio generale di trasparenza estende la tutela giurisdizionale del consumatore a fatti negoziali che,

---

<sup>26</sup> Si v. in generale PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 291 ss.

<sup>27</sup> Cfr. LAMORGESE, *Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 509 ss.; BATELLI, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 194 ss. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 651 ss.

nella concreta esperienza, si manifestano come pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ossia azioni destinate non solo alla promozione, ma anche alla vendita o alla fornitura di prodotti (beni o servizi) ai consumatori (arg. ex art. 18, lett. d, cod. cons.).

Un'impostazione che conferma, tra l'altro, la necessità tecnica e culturale di abbandonare atteggiamenti ermeneutici inclini a sottovalutare o ad ignorare la rilevanza, ai fini della qualificazione giuridica, delle pratiche commerciali destinate alla contrattazione: interpretazioni delle pratiche commerciali che immaginano l'esclusivo primato della pubblicità e, più in generale, della promozione.

## 8. (Segue) le pratiche precontrattuali e contrattuali

Nel caso concreto, il controllo di trasparenza della clausola che fissa la remunerazione minima del servizio di finanziamento erogato dal mutuante è subordinato al riconoscimento della rilevanza di *fatti distributivi* di natura negoziale, le pratiche precontrattuali (a contenuto promozionale) e contrattuali, ad organizzare la *causa petendi* dell'azione inibitoria rappresentativa dell'interesse collettivo tipizzato come rilevante dall'art. 37 cod. cons.

In sostanza: il controllo di trasparenza formale e sostanziale, esercitato mediante l'azione inibitoria collettiva, acquisisce alla tutela giurisdizionale dei consumatori il contenuto informativo precontrattuale (arg. ex artt. 48 e ss. cod. cons.) elaborato e diffuso con uniformi modelli di contrattazione, ossia attraverso pratiche commerciali che il professionista organizza ed attiva per proporre contratti di finanziamento (contratti di mutuo) ai consumatori e che si manifestano nella dinamica del mercato in forma di contenuti informativi uniformi<sup>28</sup>.

A tal riguardo il giudice europeo, in accoglimento delle argomentazioni elaborate dall'avvocata generale, individua le pratiche precontrattuali e contrattuali utilizzate dal professionista in maniera uniforme nella promozione e nell'offerta del servizio di finanziamento, che rilevano ai fini del controllo di trasparenza attivato con l'azione inibitoria collettiva. In particolare, il giudice nazionale dovrà valutare la "(...) redazione di detta clausola e il posizionamento di quest'ultima nei contratti tipo utilizzati da ciascun professionista, la pubblicità che è stata fatta dei tipi di contratti oggetto dell'azione collettiva, la diffusione delle offerte precontrattuali generalizzate rivolte ai consumatori nonché ogni altra circostanza che detto giudice ritenga rilevante al fine di esercitare il suo controllo per quanto concerne ciascuno dei convenuti"<sup>29</sup>.

Tra queste ultime, particolare rilevanza assume anche la durata del contratto. Soprattutto quando, come avviene assai spesso nella concreta esperienza, il tempo del con-

<sup>28</sup> Si v. in generale BATELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 927 ss.

<sup>29</sup> Si v. il punto n. 41 della Sentenza.

tratto di mutuo è destinato ad accompagnare, a volte persino ad imprigionare, larga parte del tempo della *vita* del consumatore.

In tali ipotesi, il principio di trasparenza e la relativa tutela giurisdizionale garantiscono la effettiva consapevolezza (programmatica), da parte del consumatore, della reale incidenza diacronica *del contenuto* economico e finanziario racchiuso, tra l'altro, nella clausola di tasso minimo *sulla libertà* e dignità dell'esistenza e, quindi, sul futuro sviluppo della persona (arg. ex art. 2 e 36 Cost. e art. 38 Carta di Nizza).

La relazione sistematica tra azione inibitoria rappresentativa funzionale al controllo di trasparenza del modello standardizzato di contrattazione, dunque dell'*attività* destinata al *contratto* di vendita o di fornitura del prodotto, e disciplina delle pratiche commerciali scorrette potrebbe suggerire utili riflessioni in relazione all'applicazione del comma 15-*bis*, dell'art. 27 cod. cons. ai fini della rilevanza rimediabile individuale dell'accertamento della vessatorietà della clausola per violazione dell'obbligo di trasparenza effettuato dal giudice in sede di azione inibitoria rappresentativa.

Potrebbe, altresì, confermare, ancora una volta, la necessità di emancipare la riflessione sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ed in particolare della clausola generale contenuta nel comma 2 dell'art. 20 cod. cons., da ermeneutiche restrittive che, nel segno di una scelta solo ideologica dell'interprete, tentano di delegittimare, anche in tale direzione di analisi, la funzione regolatoria del diritto privato<sup>30</sup>.

Tuttavia, adesso, è necessario insistere sul valore sistematico generato, non solo acquisito, dalla sentenza resa dal Giudice europeo.

## 9. Il controllo di trasparenza della contrattazione come esito sistematico

Il controllo di trasparenza formale e sostanziale dei fatti negoziali con funzione distributiva, oltre che attraverso un'azione individuale ex art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., può essere attivato con un'azione inibitoria rappresentativa tipizzata – con riguardo all'interesse collettivo protetto – dall'art. 37 cod. cons. che, dopo l'attuazione della direttiva 2020/1828, individua il fondamento *sostanziale* dell'azione. La disciplina *processuale* dell'azione, invece, è quella prevista negli artt. 140-*ter* ss. cod. cons.

Quanto invece al concreto funzionamento del giudizio, e quindi ai fini della qualificazione giuridica dei fatti distributivi, il giudice applicherà la clausola generale ex art. 20, comma 2, cod. cons. Un esito, quest'ultimo, che coincide con quello indicato dal giudice spagnolo nell'elaborazione delle ragioni della prima questione pregiudiziale, ed in sostanza accolto e condiviso dal giudice europeo. In particolare, il riferimento era alle

---

<sup>30</sup> Paradigmatico in tal senso LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 73 ss.; ma cfr. anche DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1113 ss.; GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 778).

pratiche distributive che presentano la clausola di tasso minimo assieme a informazioni estranee al prezzo del contratto, o assieme a informazioni secondarie potenzialmente in grado di abbassare il prezzo, producendo l'apparenza che la clausola sia soggetta a determinate condizioni o criteri che ne renderanno difficile l'applicazione nella pratica. Erano altresì menzionate le pratiche che collocano la clausola a metà o alla fine di paragrafi lunghi, che iniziano col trattare altri elementi, di modo che l'attenzione del consumatore medio sia distratta; e, ancora, la presentazione della clausola di tasso minimo abbinata con il patto di limitazione al rialzo (clausola *cap*), di modo che l'attenzione del consumatore si concentri sull'apparente sicurezza di beneficiare di un tetto massimo rispetto all'ipotetico aumento dell'indice di riferimento, in tal modo sviando l'attenzione dall'importanza della soglia minima.

In sostanza: fatti negoziali idonei a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio destinatario dell'azione distributiva.

Il controllo di trasparenza della contrattazione uniforme, ossia dell'attività precontrattuale e contrattuale che accompagna e sollecita la conclusione del contratto, si manifesta, dunque, nella concreta dinamica giuridica come esito sistematico.

Il principio generale di trasparenza, quello che indentifica il contenuto (uno dei contenuti) dell'interesse collettivo tipizzato come rilevante *ex art. 37 cod. cons.*, organizza la *causa petendi* di un'azione inibitoria rappresentativa. Tale azione, attraverso il controllo del "modello standard" di contrattazione, impedisce l'utilizzazione delle clausole – quelle predisposte dal professionista per costruire in maniera uniforme il contenuto del regolamento contrattuale necessario per la vendita o la fornitura del prodotto – di cui viene accertato il carattere abusivo *ex art. 20, comma 2 cod. cons.* Dunque, senza la necessità dell'accertamento – o dell'esclusione – di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (già) concluso tra professionista e consumatore. Accertamento che resta, tuttavia, possibile *ex art. 33, comma 1 cod. cons.*

Il fondamento sostanziale dell'attivazione dei rimedi risarcitori o restitutori individuali è offerto invece dal comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. cons.

## 10. Il criterio di controllo della trasparenza: il consumatore medio

Nella soluzione della seconda questione pregiudiziale<sup>31</sup>, il controllo giurisdizionale astratto delle clausole di tasso minimo effettuato alla stregua del principio di trasparenza formale e sostanziale viene analizzato in relazione alla congruità del criterio di va-

<sup>31</sup> "Se sia compatibile con gli articoli 4, paragrafo 2, e 7, paragrafo 3, della direttiva [93/13] la possibilità di effettuare un controllo astratto di trasparenza dal punto di vista del consumatore medio qualora varie offerte di contratti siano rivolte a diversi gruppi specifici di consumatori, o in presenza di numerosi enti che predispongono le clausole, operanti in settori di attività molto vari dal punto di vista economico e geografico, per un periodo molto lungo nel corso del quale la conoscenza di tali clausole da parte del pubblico si è andata evolvendo".

lutazione del consumatore medio e, altresì, nella consapevolezza, assai rilevante ai fini della decisione del caso concreto, del valore condizionante riconosciuto al principio di trasparenza ai fini del controllo giurisdizionale sulle clausole essenziali (arg. ex art. 4, paragrafo 2 direttiva 93/13; art. 34, comma 2 cod. cons.)<sup>32</sup>.

In particolare, la ragione ed il senso del problema giuridico traevano origine e giustificazione dalla complessità soggettiva ed oggettiva dell'azione collettiva. Il giudice nazionale dubitava della possibilità di utilizzare un criterio uniforme, dunque oggettivo, di valutazione: quello costruito attraverso il riferimento al consumatore "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto".

A bene vedere, una diversa conformazione epistemologica della dialettica tra valutazione in astratto e valutazione in concreto che già caratterizzava la trattazione della prima questione pregiudiziale; un modo di conoscere e di analizzare i *fatti* posti dall'attore a fondamento della domanda che considera la loro estensione, la loro rilevanza quantitativa.

Il discorso svolto ha già accennato alla dimensione della vicenda processuale; adesso è necessario solo sottolineare, a riguardo, la significativa differenza tra i vari contenuti dedotti nella contrattazione per modelli omogenei in ragione della causa in concreto dei numerosi contratti proposti o conclusi, da un lato, e le differenze in ragione di età e di competenze specifiche dei tanti consumatori coinvolti, dall'altro.

Queste ultime, in realtà, superate solo in parte attraverso il riferimento, insistito dal giudice europeo, alla nozione legale di consumatore e, quindi, nella direzione ermeneutica dell'irrelevanza della qualificazione professionale della persona fisica che agisce come consumatore (arg. ex art. 2, lett. b della direttiva 93/13).

La questione relativa al criterio di valutazione del consumatore medio viene analizzata utilizzando un modello argomentativo organizzato secondo due direzioni: quella della legittimità e quella della conformazione applicativa<sup>33</sup>.

Con riguardo alla legittimità del ricorso al consumatore medio per effettuare il controllo di trasparenza anche sostanziale, ossia per verificare la effettiva possibilità per il consumatore di comprendere e valutare il funzionamento della clausola e le sue conseguenze, la motivazione si limita a menzionare la costante giurisprudenza europea in tal senso.

Il riferimento alla giurisprudenza consolidata in relazione (solo) a giudizi individuali, non collettivi, rivela all'osservatore il senso di una questione dogmatica eccedente i limiti della motivazione della sentenza, ma di significativo rilievo. Il ricorso al consumatore medio, un parametro di valutazione che il legislatore europeo utilizza nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nei giudizi individuali in cui viene effettuato

---

<sup>32</sup> Sul concetto di consumatore medio e sulla sua funzione v. in generale BARBA, *Capacità e funzionamento*, cit., 277 ss.

<sup>33</sup> Cfr. invece, per la più tradizionale impostazione del tema, PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 1 ss.; VENCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età*, in *Contr. impr.*, 2024, 656 ss.

il controllo di trasparenza delle clausole predisposte dal professionista dimostra la rilevanza sistematica di tale concetto normativo (consumatore medio) e, con questa, una scelta di politica dei diritti dei consumatori su cui occorrerà ritornare in seguito.

Adesso è necessario solo limitarsi a sottolineare come la legittimità del ricorso a tale parametro di valutazione, riconosciuta dal giudice europeo, sia l'indice e l'esito del significato e della rilevanza di un unitario principio di razionalità ordinante che include sia i giudizi individuali sia quelli collettivi. Detto in altri termini: il parametro del consumatore medio garantisce la misura di astrazione (oggettività) che è necessaria *persino* nei giudizi individuali per garantire un livello di protezione dei consumatori elevato ma compatibile con la dinamica del mercato concorrenziale caratterizzata da forte competitività (arg. ex art. 38 Carta di Nizza e art. 2 TUE). Tale principio di razionalità ordinante legittima, in termini di analisi sistematica, il ricorso al criterio del consumatore medio *anche* nei giudizi rappresentativi a contenuto inibitorio e/o a contenuto compensativo.

## 11. (Segue) la conformazione applicativa del parametro

Quanto invece alla conformazione applicativa del criterio di valutazione, la motivazione insiste sulla irrilevanza delle caratteristiche individuali del consumatore e, in particolare, sull'estraneità alla valutazione di trasparenza delle conoscenze specifiche di cui alcune categorie di consumatori potrebbero essere dotate in ragione della loro professione<sup>34</sup>. Una considerazione, quest'ultima, che viene estesa anche all'età del consumatore ed alle circostanze specifiche connesse alla causa concreta del contratto di finanziamento<sup>35</sup>.

In sostanza, sia con riguardo alla legittimità sia con riguardo alla conformazione applicativa, il parametro del consumatore medio garantisce al controllo giurisdizionale di trasparenza la conformazione oggettiva necessaria al contemperamento tra solidarietà ed efficienza della dinamica concorrenziale che caratterizza l'economia sociale di mercato.

Necessità che, nei giudizi individuali ha *solo* una connotazione teleologica in relazione al principio di proporzionalità della protezione del consumatore; e nei giudizi rappresentativi, invece, ha *anche* una connotazione empirica: quella dell'impossibilità in concreto di tener conto delle percezioni individuali ancorché attraverso la riconduzione dei consumatori da proteggere a tipologie organizzate in più circoscritte categorie.

---

<sup>34</sup> Un tema che può essere meditato anche nella direzione di analisi del consumatore c.d. di rimbalzo, su cui v. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 688 ss.

<sup>35</sup> Cfr. il punto n. 51 della Sentenza.

Le due direzioni argomentative traggono ragione di giustificazione tecnica dalla circostanza che il consumatore medio, inteso come “virtuale consumatore tipico”<sup>36</sup>, attiva nel sistema del diritto dei consumatori una “finzione giuridica”<sup>37</sup>.

Quest’ultima formula, in particolare, deve essere accolta e meditata dall’osservatore nella consapevolezza del suo effettivo significato<sup>38</sup>. Con riguardo al consumatore medio, la finzione giuridica non dissimula l’oggettiva impossibilità di accertare il fatto storico, né la necessità di imporre una realtà giuridica divergente da quella naturale; si manifesta e funziona come tecnica giuridica, come espediente logico, necessario o persino indispensabile per realizzare interessi privati riconosciuti come meritevoli di tutela e, in particolare, per l’applicazione delle discipline funzionali alla tutela del consumatore nella misura dei principi di effettività e di proporzionalità.

La logica che caratterizza il parametro del consumatore medio è costruita *sull’inferenza sociale*, non *sull’inferenza statistica*, ed è funzionale alla comprensione dei processi epistemologici e cognitivi che orientano il comportamento economico del consumatore. In tal modo, il riferimento all’unico consumatore virtuale, attraverso la tecnica della finzione giuridica, assicura al giudice nazionale i margini di prossimità alla specifica realtà sociale che sono necessari per adeguare il parametro di giudizio alla concreta situazione di mercato. Un esito, quest’ultimo, che restituisce al parametro di valutazione contenuti di ragionevolezza, in termini di eguaglianza sostanziale, che escludono le insidie generate dal primato esclusivo dell’eguaglianza formale. Una direzione ermeneutica equipollente, e per certi aspetti collegata, all’evoluzione scandita dal progressivo superamento della risalente, ma ancora troppo diffusa, concezione del consumatore come soggetto afflitto da una debolezza *strutturale*, nel segno del riconoscimento, invece, della sua debolezza *situazionale*.

In tal modo, il dispositivo logico della finzione giuridica ha legittimato ermeneutiche inclusive degli esiti raggiunti dalla teoria economica della “razionalità limitata”, secondo la quale la *capacità* decisionale di un consumatore risente dei limiti delle attitudini cognitive di chi deve prendere la decisione rispetto ad numero elevato di sollecitazioni ricevute, alla capacità di mantenere nel tempo la propria attenzione e alla capacità di conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute<sup>39</sup>.

Nondimeno, nella sentenza che si sta esaminando, il dispositivo logico della finzione giuridica riesce a rispettare la connotazione dinamica del consumatore medio. In particolare, a riconoscere al giudice nazionale la possibilità di includere nella valutazione di trasparenza formale e sostanziale l’evoluzione nel tempo della percezione tipica del consumatore medio. Detto in altri termini: il parametro del consumatore medio garantisce

<sup>36</sup> Considerando n. 18 direttiva 2005/29

<sup>37</sup> Così nel punto 52 della Sentenza.

<sup>38</sup> Cfr. a riguardo RESCIGNO, *Le finzioni del diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2002, 585 ss.

<sup>39</sup> Si v. Corte giust. C-646/22; cfr. TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, 101; BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristicus*, in *Accademia*, 2023, 77.

la rilevanza, nei limiti legali del riferimento al momento della conclusione del contratto, di fatti oggettivi, come, ad esempio, una nota sentenza o una sopravvenienza economico-finanziaria o solo normativa che è penetrata e si è diffusa nel discorso pubblico, che hanno inciso sui processi sociali che orientano la percezione o la comprensione del contenuto della contrattazione per modelli omogenei o della clausola del contratto già concluso<sup>40</sup>.

## 12. La funzione del consumatore medio

Il discorso svolto ha accennato alla finalità di politica dei diritti che organizza in unità razionale le discipline di protezione dei consumatori e che viene realizzata, tra l'altro, attraverso la categoria sistematica del consumatore medio.

È opportuno chiarire, in conclusione, il senso di quel riferimento anche per sottolineare come, nel discorso critico sul diritto dei consumatori, il significato e soprattutto il valore del sistema non è racchiuso, o imprigionato, nell'idea e nella forma della codificazione.

Si tratta di ricondurre il parametro del consumatore medio alla regolazione del mercato, ed in particolare di ricondurre il valore sistematico della formula, e della modalità logica che ne caratterizza e ne consente il funzionamento, alla dinamica concorrenziale generata e sostenuta dalla conflittuale relazione tra attività di impresa e attività di consumo.

La tecnica regolatoria del consumatore medio realizza il valore giuridico della capacità di autodeterminazione al consumo in quanto oggettivizza e rende uniforme, nel segno dell'*indisponibilità*, una misura di autoresponsabilità. Vuol dirsi di un criterio di allocazione del *rischio di consumo* che giustifica la natura economica dell'attività e, con questa, la rilevanza giuridica dell'attività di consumo nella costruzione del mercato interno.

La pratica commerciale (non solo quella) che si manifesta attraverso la contrattazione per modelli omogenei, in quanto "diretta" al consumatore medio assume una direzione di senso economico che muove dal professionista: la pratica commerciale rileva, infatti, in ragione del fatto che si rivolge al consumatore, ma non è sollecitata dal consumatore.

In tale direzione di analisi, l'osservatore può rintracciare il rischio distributivo assunto dall'impresa.

Nondimeno, la tecnica regolatoria del consumatore medio rende visibile una misura di rischio di consumo indisponibile che viene individuata dal legislatore e dal giudice europeo, ma concretizzata dal giudice nazionale; non solo nelle tipologie e nelle ipotesi tipiche di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, ma anche in quelle che la clausola generale *ex art. 20, comma 2, cod. cons.*, mediante la valutazione del singolo caso o attraverso le azioni rappresentative, riesce a rintracciare nella concreta esperienza.

---

<sup>40</sup> Si v. il punto n. 56 della Sentenza.

### 13. Rischio indisponibile ed imputazione della scelta individuale

L'indisponibilità del minimo rischio di consumo non si limita a *giustificare ed a circoscrivere* la rilevanza del consumo come attività economica e, dunque, la sua protezione come valore giuridico funzionale all'efficienza normativa del mercato<sup>41</sup>. Rivela, altresì, un'ulteriore attitudine sistematica con riguardo all'autonomia del *valore* giuridico riconosciuto alla capacità di assumere una decisione di consumo consapevole rispetto al *fatto concreto* di manifestazione di volontà di consumo.

La tecnica regolatoria ed il contenuto che il parametro del consumatore medio accoglie confermano, con maggiore evidenza nelle azioni rappresentative ma anche nei giudizi individuali, l'autonoma rilevanza dell'autoresponsabilità – quale connotazione funzionale del fatto – dall'imputazione, ossia da un profilo strutturale del fatto.

L'imputazione del fatto di consumo (la decisione negoziale), attribuisce alla persona fisica il rischio di consumo che la *regola conformativa dell'attività economica di consumo* ha già riconosciuto come valore giuridico. L'imputazione, ai fini che adesso interessano, è solo uno dei criteri che riconducono il fatto al valore giuridico *antecedente*.

In realtà, attraverso il controllo di trasparenza delle pratiche commerciali che si manifestano in forma di contrattazione per modelli omogenei, il valore giuridico dell'attività di consumo riesce a manifestarsi nella dinamica giuridica generata dall'azione inibitoria collettiva anche come autonomo oggetto di protezione. In altri termini la rilevanza giuridica (con funzione regolatoria) dell'attività di consumo *non è subordinata all'imputazione del fatto*.

Il valore economico dell'attività di consumo, lo si accennava già prima e adesso occorre insistere, costituisce non solo il fondamento, ma anche il *limite* del suo valore giuridico e rivela il significato più intimo e reale, in termini di analisi tecnica, della dialettica tra valutazione in concreto e valutazione in astratto.

Il corretto funzionamento del mercato realizzato dal legislatore europeo mediante un elevato livello di protezione del consumatore dalle pratiche distributive, non si accontenta della diligenza professionale dell'impresa nell'adempimento dell'obbligo di informare attraverso la diffusione di contenuti 'trasparenti'; richiede *altresì* la misura minima ed indisponibile di rischio di consumo generata dall'autoresponsabilità.

L'*indisponibilità*, dunque, non l'*imputazione*, circoscrive la rilevanza giuridica del valore economico che l'attitudine alla consapevole decisione di consumo riesce a generare in termini di efficienza del mercato concorrenziale. Il criterio che abilita il valore economico della scelta di consumo alla protezione giuridica, quello che, in altri termini, assicura la rilevanza giuridica del valore economico è il rischio di consumo. Il valore giuridico (per diritto dei consumatori), mediante la tecnica rimediabile del divieto di utilizzare la clausola abusiva (arg. ex art. 37 cod. cons.), è riconosciuto solo *oltre il limite dell'autoresponsabilità*<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Sul rischio di consumo, v. BARBA, *Capacità e funzionamento*, cit., 297 ss. e 370.

<sup>42</sup> Cfr. il principio di diritto affermato da Cass., 8 luglio, n. 14257, in *Diritto e giustizia*, 2020, 5 ss.

## 14. Per una riflessione futuribile

Il breve discorso di commento e di analisi critica della sentenza deve ancora dar conto, ma solo con un breve menzione, al contenuto di diritto della politica – non di politica dei diritti – che il tema della clausola di tasso minimo dissimula e che il privatista non dovrebbe ignorare o trascurare. Si tratta, in realtà, di un dispositivo escogitato dall'autonomia privata esercitata dall'impresa per garantire, attraverso meccanismi negoziali che utilizzano l'asimmetria dei poteri, una remunerazione minima del servizio finanziario offerto. Con riguardo a tale funzione, la clausola si colloca in relazione (solo) di sistematica congruenza con la disciplina legale che assicura l'equità del compenso delle prestazioni d'opera intellettuale (legge n. 49/2023), senza coinvolgere l'intera categoria sistematica del lavoro autonomo.

Resta il reale compito dell'interprete, disposto a non eludere o sottovalutare il dovere di elaborare un discorso critico sul diritto privato, di riflettere sulla conformazione potenziale o attuale di dispositivi – legali o negoziali – equipollenti in termini funzionali a quelli menzionati, che riescano a garantire il riconoscimento e l'effettività della minima remunerazione necessaria del *lavoro nell'impresa*, in relazione all'art. 36 Cost.

In tale direzione di analisi, l'interprete rispetta il valore esistenziale del consumo e la sua più intima e significativa connessione con il lavoro.

### ABSTRACT

Il saggio, attraverso l'analisi della sentenza C-450/22 della Corte di giustizia europea, ricostruisce nel sistema del diritto dei consumatori il controllo giudiziale di trasparenza formale e sostanziale dei modelli standard di contrattazione. In particolare, di quello attivato mediante l'esercizio di un'azione inibitoria rappresentativa di una complessa pluralità di categorie di consumatori e nei confronti di un numero assai rilevanti di istituti di credito con riguardo alla clausola *floor*. Inoltre, viene analizzata la figura del consumatore medio come tecnica giuridica di natura finzionistica che offre al giudice il criterio del giudizio.

*The objective of the present study is to provide a reconstruction of the judicial supervision of formal and substantive transparency of standard contract terms in the context of consumer law. The present analysis is founded upon an examination of the European Court of Justice's ruling in the C-450/22 case, which was delivered in the context of an injunction protecting the collective interest of consumers against numerous credit institutions, challenging the application of the floor clause in bank loans. In addition, the concept of the average consumer is analysed as a legal technique of a fictitious nature, which provides the judge with a criterion for making a decision."*

---

e Cass., 14 gennaio 2021, n. 497, in *Foro it.*, 2021, I, 2501 ss.



### Prospettive in tema di mutuo solutorio e accordo di non chiedere: in attesa delle Sezioni Unite



Tommaso dalla Massara

Prof. ord. dell'Università Roma Tre

**SOMMARIO:** **1.** Due ordinanze, in tema di mutuo solutorio e di sua esecutività, e imminente giudizio delle Sezioni Unite. – **2.** Accordo di non chiedere e patto di dilazione: il tema dell'esigibilità. – **3.** La *traditio* della somma e la sua effettiva disponibilità da parte del mutuatario. – **4.** Riflessione conclusiva.

#### 1. Due ordinanze, in tema di mutuo solutorio e di sua esecutività, e imminente giudizio delle Sezioni Unite

Alcune recenti ragioni suggeriscono di tornare a riflettere sui profili dell'accordo di non chiedere.

Con l'ordinanza interlocutoria del 10 luglio 2024, la Seconda Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della riconoscibilità – nonché, se del caso, della configurazione – del mutuo solutorio<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sull'ordinanza, faccio rinvio in specie al recente contributo di D'ONOFRIO, *La validità del c.d. mutuo solutorio: la parola alle Sezioni Unite*, in *Arch. dir. civ.*, 2024, 199 ss. Prima di tale ordinanza, cfr. FAUCEGLIA, *La dilazione innova o nova il rapporto obbligatorio?*, in *Contratto e impresa*, 2024, 200 ss., in specie 219 ss.; BONFATTI, *La disciplina del mutuo fondiario erogato per la estinzione di passività pregresse*, in *Fallimento*, 2023, 482 ss.; MAUCERI, *Una soluzione esaustiva per il mutuo fondiario eccedentario?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 397 ss.; ID., *Nullità e violazione del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario*, in *Contr.*, 2022, 679 ss.; LA SPINA, *Mutuo fondiario eccedentario e necessaria elasticità del rimedio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 386 ss.; TATARANO, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, Napoli, 2022, 88 ss.; PEZZELLA, *Mutuo destinato a ripianare un debito pregresso: contratto autonomo o 'pactum de non petendo ad tempus'?*, in *giustiziacivile.com*, 5 dicembre 2022;

A venire all'attenzione è dunque – in estrema sintesi – quel prestito che venga erogato dal mutuante al mutuatario con l'unico scopo di estinguere un precedente finanziamento.

Con provvedimento del 10 ottobre 2024, la Prima Presidente della Suprema Corte ha ritenuto ammissibile il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., proposto dal Tribunale di Siracusa, sulla questione degli effetti dell'accordo negoziale con cui un soggetto (nella specie, una banca) aveva concesso una somma a mutuo, convenendo però che l'importo erogato fosse immediatamente e integralmente restituito al mutuante.

Come s'intende, anche in questo secondo caso la cornice tematica è quella del mutuo solutorio, però il profilo controverso è rappresentato dal riconoscimento o meno di effetti esecutivi – di cui all'art. 474, comma 1, c.p.c. – al titolo sulla base del quale il mutuo era stato erogato, giacché l'attualità del vincolo restitutorio risultava subordinata «al verificarsi di determinate condizioni».

Si può senz'altro affermare che gli aspetti rimessi all'attenzione delle Sezioni Unite riguardano profili differenti e complementari del mutuo solutorio.

D'altra parte, che il tema di riferimento sia proprio quello dei problemi posti dal mutuo solutorio è confermato dalle parole della Prima Presidente, impiegate in chiusura del provvedimento dello scorso ottobre, ove si precisa che l'una e l'altra ordinanza toccano questioni “in parte sovrapponibili”.

A questo punto, ci si potrebbe chiedere per quale ragione in esordio io abbia rilevato l'opportunità di un ripensamento sui profili dell'accordo di non chiedere: per quello che è il punto di vista che in queste brevi note propongo di adottare, un aspetto nevralgico risulta in effetti rappresentato dall'impiego dell'accordo di non chiedere in guisa di lente di lettura di fenomeni di finanziamento; specificamente, l'antico *pactum de non petendo* si presterebbe a guidare la comprensione del mutuo solutorio in chiave di accordo dilatorio non novativo.

Ma conviene procedere per gradi.

Ridotta nei suoi termini essenziali, la domanda da porsi è la seguente: se l'erogazione della somma da parte del mutuante (di regola, per l'appunto, una banca) che programmaticamente sia destinata a estinguere o a ridurre un'esposizione debitoria già in essere presupponga la configurazione di un contratto distinto e autonomo rispetto all'originario mutuo.

Ebbene, in caso di risposta affermativa, quell'accordo sarebbe da intendersi come certamente novativo del rapporto contrattuale preesistente<sup>2</sup>.

---

G. SALVI, *La Cassazione boccia ancora l'utilizzo fraudolento del mutuo fondiario ad estinzione di debiti pregressi*, in *Giur. it.*, 2021, 1073 ss.; BACCIARDI, *Mutuo solutorio e causa concreta del contratto*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 924 ss.; CAPOTORTO, *Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti tra le parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1073 ss. Più indietro nel tempo, su questi problemi, FRAGALI, *Del mutuo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 334 ss.

<sup>2</sup> In questo senso, Cass. (ord.) 9 giugno 2023, n. 16377; Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, in *giustiziavivile.com*, 5 dicembre 2022, con nota di PEZZELLA, *Mutuo destinato a ripianare un debito pregresso*:

In alternativa, si potrebbe pensare che il fenomeno meriti di essere letto – in un certo senso, riduttivamente – in chiave di dilazione del termine di restituzione della somma oppure di accordo di non chiedere quella stessa somma<sup>3</sup>.

Eccoci allora giunti allo snodo che a me sembra di maggior interesse sistematico.

Al netto di quel che tra breve dirò in ordine alla (profonda, per vero) differenza tra dilazione del termine e *pactum de non petendo*, appare chiaro che, qualora la prospettiva da preferirsi fosse quella per seconda descritta, l'operazione economica di rifinanziamento prescinderebbe dalla configurazione di un contratto autonomo. Sicché, se il mutuo solutorio, lungi dall'esibire dignità di contratto autonomo, intervenisse sul tronco dell'obbligazione precedente – come accennato – non scaturirebbero effetti novativi.

Si dovrebbe pertanto concludere nel senso che quell'accordo interverrebbe esclusivamente sul piano dell'esigibilità del credito.

Il tema, a questo punto, si mostra in tutta la sua latitudine; inoltre, la recente – in parte inattesa – attenzione che la civilistica ha dedicato all'accordo di non chiedere troverebbe riscontro entro scenari applicativi nuovi, nonché di rilevanza nient'affatto marginale<sup>4</sup>.

---

*contratto autonomo o 'pactum de non petendo ad tempus'?*; Cass. (ord.) 30 novembre 2021, n. 37654; Cass. (ord.) 18 gennaio 2021, n. 724, in *Corriere giur.*, 2021, 1331 ss., con nota di COLOMBO, *Mutuo o 'pactum de non petendo ad tempus'? Oscillazioni della Suprema Corte sulla natura giuridica delle operazioni di ripianamento di pregresse esposizioni debitorie mediante la concessione di nuovo credito*; Cass. 8 marzo 1999, n. 1945; Cass. 9 maggio 1991, n. 5193, in *Foro it.*, 1992, I, c. 152 ss., con nota di FABIANI. Tale orientamento è stato di recente avallato da ABF Torino 15 aprile 2024, n. 4521. Propende in questo senso BALESTRA, *Il mutuo di scopo tra 'arricchimento' degli interessi perseguiti e deviazioni dal modello codicistico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 1133 ss.

<sup>3</sup> Su questa linea, Cass. 19 aprile 2022, n. 12480, in *Fallimento*, 2022, 1405 ss., con nota di ANDRETTO, *Mutuo erogato in funzione solutoria di un debito pregresso: ricadute sulla 'causa petendi' della domanda d'ammissione al passivo*; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517, in *Corriere giur.*, 2021, 1331 ss., con nota critica di COLOMBO, *Mutuo o 'pactum de non petendo ad tempus'? Oscillazioni della Suprema Corte sulla natura giuridica delle operazioni di ripianamento di pregresse esposizioni debitorie mediante la concessione di nuovo credito*; nonché in *Giur. it.*, 2021, 1883 ss., con nota di LOMBARDO, *Estinzione debiti preesistenti tra le parti - Utilizzo strumentale?*; Cass. 8 aprile 2020, n. 7740, in *Giur. it.*, 2021, 308 ss., con nota di SCARPINELLO, *Revocatoria di ipoteca accessoria a credito fondiario per debito preesistente già ipotecario*; Cass. 5 agosto 2019, n. 20896.

<sup>4</sup> Sulla figura del *pactum de non petendo*, la più recente ricerca monografica è di D'ONOFRIO, *Il 'pactum de non petendo': struttura e disciplina*, Napoli, 2021; in precedenza, le monografie di riferimento sono quelle di ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000, e di RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004. Cfr., inoltre, i lavori di ORLANDI, *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024; ID., *Prescrizione e riduzione*, in *Pers. merc.*, 2023, 7 ss.; ID., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 447 ss.; ID., *'Pactum de non petendo' e riduzione del rapporto*, in *St. iuris*, 2001, 1441 ss.; P. GALLO, *'Pactum de non petendo' e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984 ss.; ID., *'Pactum de non petendo'*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ. online, 2020, 1 ss. In precedenza, il tema era stato affrontato da F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del 'pactum de non petendo'*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 135 ss.; SARGENTI, *'Pactum de non petendo' e remissione del debito*, in *Foro pad.*, 1959, 299 ss. Sono da vedere poi gli inquadramenti proposti da DE VILLA, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Nuovo dig. it.*,

In altre parole, si tratterebbe di valutare se la figura del mutuo solutorio risulti rappresentabile nei termini di una peculiare forma di *pactum de non petendo*.

Merita a questo punto una precisazione.

Resterà sullo sfondo, nell'economia delle riflessioni di queste pagine, il tema della qualificabilità del mutuo solutorio *sub specie* di mutuo fondiario; si tratta di un tema assai rilevante – come subito s'intende – per il profilo delle garanzie che assistono quella forma di finanziamento: tuttavia indagarne le implicazioni allontanerebbe dal nucleo delle questioni su cui ho ritenuto di concentrarmi<sup>5</sup>.

## 2. Accordo di non chiedere e patto di dilazione: il tema dell'esigibilità

Prima di ogni altro sviluppo del ragionamento, pare a me utile chiarire che i profili del *pactum de non petendo*, in realtà, non si attagliano in modo appropriato alla comprensione del mutuo solutorio.

Com'è noto, a mezzo di accordo di non chiedere il creditore concede al debitore un'eccezione, in forza della quale è a quest'ultimo consentito opporsi all'agire del creditore medesimo, lasciando però – qui il tratto caratterizzante – al contempo intatto il debito.

La centralità dell'eccezione, intesa in senso stretto (dunque quale *Einrede*, fatto defensionale rimesso alla disponibilità del debitore-convenuto), è fondamentale per comprendere la separazione dei due piani, da un lato quello processuale e dall'altro quello sostanziale: in presenza di *pactum de non petendo*, il debito – in sé considerato – non cessa di esistere, sebbene il debitore-convenuto disponga dell'eccezione.

Se si pone mente alla struttura del mutuo solutorio (per come esso viene per lo più costruito nella prassi), occorre rilevare che non è previsto l'operare di alcuna eccezione.

---

IX, Torino, 1939, 408 ss.; BERGER, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 615; inoltre, RUSCELLO, *'Pactum de non petendo' e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss.; ID., *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un 'vecchio' lavoro*, in *Studi in memoria di G. Gabrielli*, II, Napoli, 2018, 1699 ss., G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul 'pactum de non petendo' alla luce di un rimeditato concetto del 'patto' nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, I, 587 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 367 ss.; M. CONFORTINI, *'Pactum de non petendo' e prescrizione*, in *Riv. it. sc. giur. it.*, 2021, 367 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a DALLA MASSARA - ORLANDI, *Studi sull'accordo di non chiedere*, Roma, 2024. Nella letteratura tedesca di inizio Novecento, fondamentale è la ricostruzione del tema, basata su fonti romane, ma orientata al contemporaneo, di REICHEL, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in *JheringsJahrb.*, LXXXV, 1935, 1 ss., reperibile anche in lingua italiana nella traduzione critica a cura di dalla Massara e D'Onofrio, Pisa, 2018.

<sup>5</sup> Su questo specifico aspetto, rinvio *in toto* alle pagine di D'ONOFRIO, *La validità del c.d. mutuo solutorio: la parola alle Sezioni Unite*, cit., 207 s.

Più calzante, per la comprensione della dinamica del mutuo solutorio, si rivela invece la figura dell'accordo dilatorio. Per tale è da intendersi il patto a mezzo del quale debitore e creditore convengano un diverso termine dell'adempimento, senza che per ciò stesso risulti inciso il vincolo obbligatorio originario. In tal caso, nella dinamica dei rapporti tra debitore e creditore, non è contemplato il meccanismo dell'eccezione.

Ciò detto, in una più ampia prospettiva di sistema, è addirittura al di là della differenziazione strutturale tra *pactum de non petendo* e accordo solutorio che occorre guardare.

In effetti, la divaricazione più profonda alla base delle possibili letture del fenomeno del mutuo solutorio riguarda un altro aspetto.

Come detto, per un verso, si può immaginare che debitore e creditore diano vita a un contratto dotato di autonomia; si tratterebbe di un contratto incidente sul precedente contratto di mutuo.

Per altro verso, è possibile credere che debitore e creditore intervengano unicamente sul piano dell'esigibilità del debito (a mezzo di eccezione, in ipotesi di *pactum de non petendo*; oppure – più plausibilmente – a prescindere dall'eccezione, in caso di accordo dilatorio), ossia operando sull'unico debito sorto in forza dell'originario contratto di mutuo.

Siffatta prospettiva appare degna di attenzione, a questo punto, non soltanto in relazione al problema specifico della configurabilità del mutuo solutorio, giacché a balzare all'attenzione è una tendenza – di vasto scenario – ad attribuire un'ampia e inattesa area di applicazione alla categoria dell'esigibilità.

Proprio operando sulla leva dell'esigibilità, i paciscenti intervengono a modulare gli effetti dell'obbligazione, specialmente in ragione degli scenari che via via vengono a profilarsi.

L'esigibilità appare pertanto come una valvola di flessibilizzazione dell'obbligazione nella distensione cronologica.

Così, tanto elastica quanto per molti versi sfuggente, l'esigibilità funge da criterio di gradazione – rimesso in definitiva all'attenta lettura dell'interprete – degli effetti dell'obbligazione (unica e originaria); di quel criterio si avverte evidentemente l'utilità, quasi si trattasse di un polmone di compressione e di espansione.

### **3. La *traditio* della somma e la sua effettiva disponibilità da parte del mutuatario**

Poc'anzi mi sono riferito all'accordo di non chiedere come a un'utile lente di lettura dei fenomeni: in effetti, sebbene nei profili del mutuo solutorio appaia difficile ravvisare quelli del *pactum de non petendo*, resta tuttavia confermata l'utilità di una riflessione che si concentri su accordi caratterizzati dal fatto di incidere sull'esigibilità, ma non anche sull'esistenza del debito.

Prima di procedere nel ragionamento, occorre a questo punto evidenziare alcuni aspetti che concorrono a meglio chiarire il quadro dei problemi rimessi alla definizione delle Sezioni Unite.

Una prima e decisiva questione è quella legata al rilievo dell'art. 1231 c.c.: com'è noto, la disposizione prevede che «l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione».

Si tratta di un aspetto rilevante al fine di sgombrare il campo, almeno *in thesi*, rispetto all'ipotizzabilità di accordi incidenti unicamente sul piano dell'esigibilità, fin tanto che la modificazione possa dirsi "accessoria"; per quanto detto, a mio giudizio non sarebbe quindi esclusa la possibilità di configurare un accordo di dilazione (non novativo) con cui sia negoziato, per esempio, un diverso termine di estinzione del rapporto di mutuo.

Per vero, si potrebbe anche pensare che le parti definiscano una variazione del tasso di interesse, oppure convengano che il debitore presti nuove garanzie. Senza dubbio, sarebbe immaginabile anche un mutamento del titolo da cui deriva l'obbligo restitutorio, fermo restando che in tale ultimo caso ci si collocherebbe al di fuori del raggio delle "modificazioni accessorie".

Insomma, il tema a questo punto diviene quello di definire con esattezza i confini della nozione di "modificazioni accessorie"; sicché lo scenario delle "modificazioni accessorie" meriterebbe di essere esplorato con attenzione, fermo restando che soltanto un'analisi caso per caso potrebbe rivelare se l'accordo di mutuo solutorio si mantenga o meno all'interno di quei margini: con l'effetto che tale accordo permarrrebbe allora entro lo spettro dell'atto non novativo, incidente sul piano dell'esigibilità dell'obbligazione originaria.

Una seconda e altrettanto delicata questione è quella legata alla ricostruzione dell'erogazione di denaro nei termini tradizionali della *datio rei*.

Si tratta di una questione che, in relazione al mutuo solutorio, esibisce due facce.

In via del tutto generale, il processo storico di smaterializzazione del denaro ha mutato nel profondo la configurazione della *traditio* quale atto di messa a disposizione di una certa quantità di beni fungibili<sup>6</sup>; in modo ancor più evidente nel caso del mutuo solutorio, il finanziamento passa attraverso una mera operazione di conto.

Vi è poi un secondo aspetto, il quale si rivela assorbente rispetto al primo: in ragione di una bimillenaria regola che contraddistingue il regime del mutuo, la messa a disposizione del denaro, comunque la si reputi perfezionata (dunque anche a mezzo di forme virtualizzate e del tutto prescindenti dal passaggio della *res*), postula la piena disponibi-

---

<sup>6</sup> Sul punto, Cass. 30 novembre 2021, n. 37654, stando alla quale «il requisito della realtà, proprio della tipologia contrattuale del mutuo, può essere integrato anche mediante il conseguimento della disponibilità giuridica della cosa che si verifica quando la somma risulta erogata per il ripianamento di una passività». Sul punto, LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1995, 701 ss., sottolinea invero il ruolo strumentale della consegna, ammettendo forme di consegna "spiritualizzate". Su questi aspetti mi ero soffermato in DALLA MASSARA, *Le trasformazioni della moneta*, in questa *Rivista*, 2024, 21 ss.

lità della somma da parte del mutuatario. Il punto è, d'altro canto, che tale disponibilità all'evidenza manca di darsi, allorché a essere realizzata sia un'operazione di mutuo solutorio.

In effetti, l'erogazione della somma da parte della banca che concede il mutuo solutorio è *ab origine* destinata all'estinzione, totale o parziale, del debito originario, senza che al mutuatario residuino margini per realizzare atto di disposizione alcuno della somma.

Tant'è che, almeno in termini generali, non sembra eccentrico evocare la figura del mutuo di scopo<sup>7</sup>.

Per vero, fermo restando che la giurisprudenza non si mostra incline ad assecondare questa prospettiva assimilatoria, occorre riconoscere che una lettura del mutuo solutorio in termini di mutuo di scopo non condurrebbe a esiti significativi.

In specie, si faticherebbe a immaginare in concreto il ricorrere di ragioni di nullità ovvero di risolvibilità per tradimento dello scopo: effettivamente, la destinazione al fine sarebbe intrinsecamente e insuperabilmente assicurata dalla struttura stessa del contratto.

Come detto, l'operazione contabile viene realizzata con l'unico obiettivo di protrarre l'operazione di finanziamento: sicché, per come quell'operazione è costruita (in sostanza, nei termini di una mera partita di giro), i binari contrattuali sono rigidi e ineludibili, né residua al debitore beneficiario del nuovo prestito alcun margine di manovra per distrarre la somma erogata.

Proprio sui profili da ultimo evidenziati s'innesta la questione posta al centro del provvedimento con cui è stato ammesso il rinvio pregiudiziale dell'ottobre scorso.

A valle di tale rinvio, le Sezioni Unite si troveranno a decidere sulla base di un'alternativa fondamentale.

Da un lato, si potrebbe pensare che «il contratto di mutuo stipulato nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata possa reputarsi da solo idoneo titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474, comma 2, n. 3, c.p.c., sebbene all'erogazione iniziale del denaro al cliente abbiano fatto immediato seguito la sua restituzione alla banca e la

---

<sup>7</sup> In tema di mutuo di scopo, recentemente, BALESTRA, *Il mutuo di scopo*, cit., 1133 ss.; TATARANO, *Mutuo di scopo*, cit., 9 ss. Precedentemente, tra molti, cfr. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 471 ss.; ID., *Del mutuo*, cit., 69 ss.; GIAMPICCOLO, voce *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Milano, 1977, 455 ss.; CLARIZIA, voce *Finanziamenti (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, App., III, Torino, 1982, 754 ss.; MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 619 ss.; ID., voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss.; ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario delle imprese*, Milano, 1984; ZIMATORE, *Il mutuo di scopo: problemi generali*, Padova, 1985; RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 558 ss.; CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, *I contratti di alienazione di godimento, di credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1995, 741 ss.; MASTROPAOLO, *I singoli contratti*, VII, *I contratti reali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, 547 ss. NIVARRA - WERTHER ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, 425 ss.

sua costituzione in deposito destinato ad essere svincolato in favore del mutuatario al verificarsi di predeterminate condizioni».

Dall'altro lato, vi sarebbe spazio invece per credere che «l'accordo negoziale col quale una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario, ma convenendo al tempo stesso che tale somma sia immediatamente ed integralmente restituita alla mutuante, con l'intesa che essa sarà svincolata in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, ancorché idoneo a perfezionare un contratto reale di mutuo, non consente di ritenere che dal negozio stipulato tra le parti risulti una obbligazione attuale, in capo al mutuatario, di restituzione della predetta somma (immediatamente rientrata nel patrimonio della mutuante), in quanto tale obbligo sorge, per esplicita volontà delle parti stesse, solo nel momento in cui l'importo erogato è successivamente svincolato ed entrato nel patrimonio del soggetto finanziato; conseguentemente, si deve escludere che un siffatto contratto costituisca, di per sé solo, titolo esecutivo contro il mutuatario, essendo necessario a tal fine un ulteriore atto, necessariamente consacrato nelle forme richieste dall'art. 474 (atto pubblico o scrittura privata autenticata), attestante l'effettivo svincolo della somma già mutuata (e ritrasferita alla mutuante) in favore della mutuataria, sorgendo in capo a quest'ultima, solo da tale momento l'obbligazione di restituzione di detto importo»<sup>8</sup>.

Ebbene, la lunga citazione testuale del provvedimento a firma della Prima Presidente della Corte di Cassazione pare utile per comprendere come al tema originario – e concettualmente prevalente – della ricostruzione del mutuo solutorio si sovrapponga una questione più specifica (quanto rilevante sul piano pratico), che è quella del riconoscimento dei presupposti del titolo esecutivo di cui all'art. 474 c.p.c.

Dal punto prospettico dell'art. 474 c.p.c., il tema si presenta sotto l'aspetto delle “condizioni di svincolo” della somma erogata a mutuo; e, anche così osservato, esso rinvia alla ricostruzione del mutuo nei termini antichi del contratto reale, nel quale una certa qual *traditio* certamente non manca di riscontrarsi.

Nondimeno, allorché si tratti di mutuo solutorio, quella *traditio* appare profondamente trasfigurata nei suoi tradizionali contorni<sup>9</sup>.

Come dicevo in apertura, le questioni oggetto delle differenti ordinanze si presentano come due facce della medesima medaglia, giacché – in estrema sintesi – nella misura in cui si reputi che il mutuo solutorio non integra un contratto autonomo bensì opera

<sup>8</sup> L'eco è quella della pronuncia della Terza Sezione della Suprema Corte, 3 maggio 2024, n. 12007 (Pres. De Stefano, Rel. Tatangelo), stando alla quale «non è idoneo titolo esecutivo il mutuo notarile il quale, prevedendo che la somma sia immediatamente restituita dal mutuatario al mutuante, non sia accompagnato da ulteriore atto attestante lo svincolo della somma nella forma solenne prevista dall'art. 474 c.p.c.».

<sup>9</sup> Con attenzione alle origini romanistiche del mutuo, cfr. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020; GIOMARO, *Mutuo, inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano*, Fano, 2012. Più risalente, ma classico, il contributo di LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, Milano, 1933.

sul piano dell'esigibilità, si rende evidente il problema di rinvenire le forme idonee cui agganciare gli effetti esecutivi.

Oppure, se si preferisce dir così, tanto più ci si affidi alla categoria dell'esigibilità nell'affrontare la lettura del mutuo solutorio (e quella dell'esigibilità è una chiave di lettura che mi è parsa fondamentale di fronte all'ordinanza del luglio 2024), maggiormente si lascerà avvertire la necessità di rinvenire punti d'appoggio chiari, in guisa di atto pubblico o scrittura privata autenticata, ai fini dell'esecutività di cui all'art. 474 c.c.

#### 4. Riflessione conclusiva

Sembra di poter concludere nel senso che, nel prisma dei problemi posti dal mutuo solutorio, risultano leggibili alcune linee sistematiche che conducono il nostro sguardo al di là del perimetro della figura specifica: così, non solo si tratta di dire se quel contratto sia riconoscibile e quale sia la configurazione del suo peculiare regime; più ampiamente, a venire in discussione è come il nuovo accordo si sovrapponga all'obbligazione scaturita dal mutuo originario, nell'alternativa se quell'accordo sia novativo oppure operi soltanto sul piano dell'esigibilità.

Per quanto detto in queste pagine, pare a me che nel mutuo solutorio non tanto siano da intravedere i profili di un *pactum de non petendo* – a meno che nel caso specifico l'accordo contempra espressamente il meccanismo dell'eccezione – quanto piuttosto sia possibile ravvisare i profili di un patto di dilazione.

In una visione ancor più generale, lo scenario sembra quello segnato da una significativa spinta verso forme “leggere”, modificative ma non novative, degli effetti dell'obbligazione; si tratta in effetti di forme che si rivelano utili, addirittura preziose, specialmente in funzione di una modulazione dell'obbligazione nella distensione cronologica, in ragione di molte e differenti circostanze.

#### ABSTRACT

Il contributo si concentra su alcuni profili problematici del mutuo solutorio. In forza di questo contratto, il mutuante concede al mutuatario una somma, che viene immediatamente destinata a estinguere precedenti passività, però senza entrare nell'effettiva disponibilità del mutuatario. In specie, ci si chiede allora se tale accordo intervenga in via novativa sull'obbligazione precedente; ove così non fosse, si potrebbe ritenere che sia realizzata una dilazione del termine oppure che prenda forma un *pactum de non petendo*. Il riferimento alla figura del *pactum de non petendo* si rivela utile quale lente di lettura dei problemi, giacché consente di cogliere una spinta – di scenario generale – verso accordi che intervengano unicamente sul piano dell'esigibilità dell'obbligazione.

*This essay focuses on certain problematic profiles of the so-called “mutuo solutorio” (i.e. loan aimed at fulfilling past obligations). Under this contract, the lender grants the borrower a sum, which is immediately allocated to extinguish previous debts, without entering into*

*the actual availability of the borrower. In particular, the question arises as to whether this agreement intervenes in a novative manner on the previous obligation. If this is not the case, it could be qualified as a postponement of the term or as a pactum de non petendo. The reference to the pactum de non petendo is useful as a lens through which to interpret the problems, since it shows a general trend towards the conclusion of agreements that only intervene on the level of enforceability of the obligation.*



# Sospensione della prescrizione e natura della solidarietà



*Luigi Buonanno*

Ricercatore dell'Università Bocconi di Milano

**SOMMARIO:** **1.** La decisione della Corte di cassazione. – **2.** L'ambito applicativo dell'art. 1310, comma 2, cod. civ. – **3.** La sospensione della prescrizione nel fenomeno solidale. – **4.** Infondatezza del distinguo fra solidarietà tipica e atipica. – **5.** Natura della solidarietà e sue vicende. – **6.** Indicazioni di lettura.

## 1. La decisione della Corte di cassazione

Nell'ambito della disciplina delle obbligazioni solidali, la sospensione della prescrizione è tema che concerne una delle vicende fra gruppo di debito e creditore. Il comma 2 dell'art. 1310 cod. civ. prevede che, in caso di sospensione della prescrizione fra creditore e debitore solidale, tale effetto non operi nei confronti degli altri coobbligati. Il personale rapporto che lega creditore e condebitore fonda l'operatività della sospensione. La particolare natura di tale rapporto preclude l'estensione dell'effetto sospensivo verso gli altri condebitori in solido.

A partire dalle colleganze fra vicenda sospensiva e rapporto obbligatorio che attesti il coinvolgimento, dal lato passivo, di più soggetti tenuti per un solo debito, la sentenza della Corte di cassazione 10 maggio 2024, n. 12928, offre una soluzione interpretativa al dubbio circa il modo di operare del comma 2 dell'art. 1310 cod. civ.

Il caso trae origine da un sinistro stradale: insieme ai propri figli minori, l'attrice viaggiava come trasportata a bordo di un veicolo di proprietà dell'autoscuola di proprietà del suocero, il quale era anche conducente della autovettura. In questa occasione, un incidente causava la morte del conducente, mentre gli altri tre trasportati subivano seri danni che la compagnia assicurativa si rifiutava di risarcire. Disposta l'integrazione del contraddittorio, si costituivano in giudizio gli eredi del conducente, chiedendo l'accer-

tamento della esclusiva responsabilità del padre nella causazione del sinistro, nonché la condanna della compagnia assicurativa a risarcire i danni patiti dalle vittime.

Il giudice di primo grado dichiarava estinto per prescrizione il diritto al risarcimento del danno, ai sensi del comma 2 dell'art. 2947 cod. civ. Rigettava, dunque, la domanda di parte attrice.

La Corte di appello riformava parzialmente la sentenza di primo grado. L'attrice aveva lamentato il mancato esame, da parte del giudice di primo grado, dell'eccezione di uno degli eredi del conducente/danneggiante, il quale era obbligato in solido al risarcimento del danno: il decorso della prescrizione doveva considerarsi sospeso per la sua condizione di coniuge della parte attrice; la sospensione della prescrizione avrebbe, cioè, dovuto operare anche nei confronti della società assicuratrice, che pertanto sarebbe stata obbligata a tenerlo indenne in virtù del combinato disposto degli artt. 2935 e 2941 cod. civ. La Corte d'appello riformava parzialmente la decisione di primo grado: (i) riconosceva il diritto al risarcimento dei danni in favore della parte attrice in proprio e quale esercente la responsabilità genitoriale sul figlio; (ii) condannava al risarcimento gli altri eredi del conducente rilevando che non avevano eccepito la prescrizione del diritto azionato dagli attori nei loro confronti.

Gli eredi del conducente proponevano ricorso per cassazione. La decisione della Corte d'appello aveva rigettato la domanda di garanzia proposta dagli eredi dell'assicurato nei confronti della compagnia assicuratrice, e ciò in virtù di una errata valutazione dei principî che governano il litisconsorzio necessario con riferimento alle cause di sospensione della prescrizione (art. 2941, n. 1 e n. 2, cod. civ.). La parte che aveva promosso azione risarcitoria nei confronti della autoscuola – ditta individuale che si identificava nella persona del conducente-danneggiante deceduto nell'incidente – avrebbe dovuto convenire in giudizio gli eredi dello stesso soggetto danneggiante. Come si è posto in luce, un erede risultava, tuttavia, rispettivamente coniuge e genitore dei soggetti danneggiati. È proprio la natura personale del rapporto che lega uno degli eredi alla parte danneggiata ad aver indotto quest'ultima a non citare in giudizio il primo. Si comprende così l'operatività dell'effetto sospensivo della prescrizione fra questi due soggetti: ai sensi dell'art. 2941 cod. civ. la prescrizione resta sospesa fra i coniugi e fra chi esercita la responsabilità genitoriale.

La Corte di cassazione è stata dunque chiamata a esprimersi sulla possibilità che il responsabile civile, convenuto in giudizio, perda il diritto a essere garantito dall'assicuratore, quando l'azione dei soggetti danneggiati, i quali, ai sensi dell'art. 2941, n. 1 e n. 2, cod. civ., possono beneficiare dell'effetto sospensivo della prescrizione, sia tardivamente esercitata rispetto al termine previsto dall'art. 2947 cod. civ. Il dubbio interpretativo ha a oggetto la mancata estensione dell'effetto sospensivo nei confronti della compagnia assicuratrice, la cui obbligazione si sarebbe estinta poiché decorso il termine prescrizione del diritto.

## 2. L'ambito applicativo dell'art. 1310, comma 2, cod. civ.

Il quesito di diritto concerne l'ambito di applicazione dell'art. 1310, comma 2, cod. civ. È dubbio che, verso la compagnia assicuratrice, operi la causa di sospensione della prescrizione sussistente, in ragione di particolari rapporti personali, fra i danneggiati e uno degli eredi del conducente deceduto nel sinistro.

La Corte di cassazione chiarisce come l'effetto sospensivo della prescrizione sia da estendere nei confronti della compagnia assicuratrice. Verso quest'ultima risulterebbe ancora esperibile l'azione diretta del danneggiato (art. 1917 cod. civ.), in quanto non decorso il termine prescrizionale del diritto.

La ragione sarebbe desumibile – osserva la Corte – da «una corretta lettura della natura della solidarietà che caratterizza la responsabilità verso il danneggiato del responsabile del sinistro da circolazione stradale e del suo assicuratore». Una intellesione appropriata del fenomeno solidale esige, aggiunge la Corte di cassazione, un raffronto con la disciplina generale posta dagli artt. 1292 ss. cod. civ., oltre alla analisi della logica sottesa al modo di operare dell'assicurazione per la r.c.a. quale *species* della figura generale contemplata dall'art. 1917 cod. civ.

Si coglie allora l'incidenza dell'art. 1310, comma 2, cod. civ. e del suo ambito di applicazione. La rilevanza della norma nel caso scrutinato si giustifica proprio in quanto il fenomeno solidale è qui chiamato a operare quale criterio di collegamento fra le posizioni del responsabile del sinistro da circolazione stradale e del suo assicuratore, i quali sono tenuti a rispondere verso il danneggiato: egli può chiedere il risarcimento nei confronti del responsabile e del suo assicuratore, verso il quale è peraltro esperibile azione diretta.

A questo proposito, la Cassazione rammenta come la solidarietà ricorra sia in presenza di rapporti obbligatori contraddistinti da una *eadem causa obligandi*, allorché comune risulti il fondamento causale delle più obbligazioni, sia quando quella identità non sia ravvisabile; in quest'ultimo caso, almeno un debitore solidale è tenuto nell'interesse esclusivo dell'altro, poiché garantisce (anche in senso lato) il debito altrui. Si delinea più nitidamente l'interrogativo cui la Corte di cassazione tenta di offrire risposta: esso verte sulla puntuale definizione dell'ambito applicativo della norma posta dal secondo comma dell'art. 1310 cod. civ. in relazione ai diversi modi con cui il fenomeno solidale si manifesta nella realtà.

Alla luce del distinguo fra solidarietà a interesse comune e a interesse esclusivo, la decisione di legittimità chiarisce che il comma 2 dell'art. 1310 cod. civ. opera solo ove le più obbligazioni condividano il medesimo fondamento causale: «[l]a previsione del regresso sottende che il condebitore solidale, che si è visto chiedere il pagamento dal creditore comune ed ha pagato, abbia pagato per un debito riferibile anche (nella misura emergente dai rapporti interni fra i coobbligati in forza di una *eadem causa obligandi*) al condebitore nei cui confronti operava la causa di sospensione e che per il suo operare non si era visto chiedere il pagamento (...). La norma opera, perché si spiega la previsione, per così dire rimediale *ex post*, a beneficio di colui per cui non operava la causa di sospensione e dunque si è trovato esposto alla richiesta del creditore comune, cioè quella

del regresso di chi ha dovuto pagare al creditore comune perché non beneficiario della causa di sospensione».

Già questa affermazione dà luogo a qualche interrogativo: l'azione di regresso di cui fa menzione il comma 2 dell'art. 1310 cod. civ. è infatti tipicamente esercitata, nei confronti di quei coobbligati il cui debito risulti prescritto, dal condebitore verso il quale operi la causa di sospensione e che abbia dovuto adempiere per l'intero.

La Corte di cassazione, come si è posto in luce, sembra invece far riferimento al caso esattamente opposto: in caso di solidarietà a interesse comune, il regresso è azionabile dal condebitore adempiente verso cui non si applichi la causa di sospensione, poiché al coobbligato principale, nei cui confronti operi l'effetto sospensivo, non è stato compulsato per il pagamento dal creditore/danneggiato. Dunque, ai sensi della seconda parte del comma 2 dell'art. 1310 cod. civ., il condebitore adempiente per l'intero, nei cui confronti la causa di sospensione non operi, potrebbe esercitare il regresso, secondo il criterio di distribuzione interno, verso il coobbligato in relazione al quale la prescrizione sia rimasta sospesa. Al contrario, sulla base della fenomenologia applicativa utilizzata dalla Corte di cassazione, l'art. 1310, comma 2, cod. civ. non risulterebbe compatibile con le obbligazioni solidali a interesse esclusivo, prive del medesimo fondamento causale o di una fonte che le accomuni: in tal caso, non sarebbe ipotizzabile il regresso in pendenza di una causa di sospensione riferibile al condebitore interessato: «[l]a ragione di questa conclusione è che, rispondendo per un debito altrui, il coobbligato, se compulsato dal creditore e costretto a pagare, non può essere titolare di un'azione di regresso basata sugli accordi interni di ripartizione di un debito comune verso il creditore e ciò perché è obbligato ad adempiere il debito per conto del vero debitore». La Corte di cassazione individuerebbe così la logica sottesa all'art. 1310, comma 2, cod. civ.: il regresso del condebitore adempiente risulta conciliabile soltanto con obbligazioni solidali sorrette dalla *eadem causa obligandi*.

L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità è strumentale alla risoluzione del caso esaminato: l'effetto sospensivo della prescrizione, giustificato in virtù di rapporti personali fra i soggetti danneggiati e uno degli eredi del responsabile civile, si estende anche verso la compagnia assicuratrice. Le obbligazioni di quest'ultima e del soggetto assicurato sono solidali, ma non sorrette dal medesimo fondamento causale. Non è qui contemplabile un regresso della compagnia assicuratrice, quale coobbligata cui non era riferibile la causa di sospensione. Si tratterebbe – nella ricostruzione offerta dalla Corte – di una solidarietà atipica, poiché non riconducibile a una *eadem causa obligandi*: da un lato, l'obbligazione *ex delicto* del responsabile e, dall'altro, l'obbligazione insorgente dal rapporto assicurativo. Quando la solidarietà sia chiamata a operare in forme (definite) atipiche, non opera l'art. 1310, comma 2, cod. civ.: l'effetto sospensivo della prescrizione è estensibile al condebitore tenuto nell'interesse esclusivo dell'altro.

### 3. La sospensione della prescrizione nel fenomeno solidale

La norma posta dall'art. 1310, comma 2, cod. civ. presuppone l'esistenza di termini prescrizionali diversi fra le obbligazioni dei condebitori. Già questo dato introduce un primo elemento di criticità rispetto alla soluzione interpretativa offerta dalla Corte di cassazione, la quale reputa la norma rilevante solo per fenomeni di solidarietà a interesse comune.

Gli argomenti addotti dai giudici di legittimità per limitare l'operatività di questa norma risultano coerenti rispetto alla struttura del rapporto assicurativo, per il quale, al di là della esperibilità dell'azione diretta, la disposizione dell'art. 1310, comma 2, cod. civ. non sembra poter trovare piana applicazione già alla luce della ordinaria preclusione dell'esercizio dell'azione di regresso verso il soggetto assicurato.

Il principio affermato dalla decisione, tuttavia, è insuscettibile di applicazione generalizzata e, in ogni caso, inadatto a disciplinare fenomeni di solidarietà a interesse esclusivo. Una conclusione che predichi l'inconciliabilità fra la norma in tema di sospensione della prescrizione e forme di solidarietà contraddistinte da un interesse unisoggettivo solleva qualche perplessità. Se, infatti, il regresso del condebitore adempiente è esercitabile *pro quota* quando le obbligazioni solidali condividano un fondamento causale unitario, non è chiaro perché la medesima azione, preveduta dal comma 2 dell'art. 1310 cod. civ., non potrebbe essere esperibile quando difetti la *eadem causa obligandi*. Due sembrano essere i casi plausibili: (i) il condebitore "in garanzia", nei cui confronti non operi la causa di sospensione, se adempie, può esercitare il regresso verso il coobbligato principale; (ii) per contro, se è quest'ultimo ad adempiere, non si pone un problema di azionabilità del regresso, in quanto il peso economico del debito è già interamente a suo carico. In senso lato, non vi è il rischio di un arricchimento ingiustificato che proprio l'azione di regresso tende a sventare.

Ciò significa che l'ambito applicativo dell'art. 1310, comma 2, cod. civ. risulta più ampio di quello delineato dalla Corte di cassazione, che lo circoscrive esclusivamente a fenomeni di solidarietà caratterizzati dalla identità della *causa obligandi*. La sospensione della prescrizione si fonda sulla sussistenza di particolari rapporti fra debitore e creditore; per quanto, nella decisione, si colga l'esigenza di tutela del danneggiato nella estensione dell'effetto sospensivo al condebitore tenuto nell'interesse esclusivo dell'altro (verso la compagnia assicuratrice), l'interpretazione che ammette l'operatività della sospensione verso tutti i condebitori, a prescindere dalla considerazione dei loro rapporti verso il creditore, non sembra realmente giustificata. E non lo è neppure se, a un tale risultato interpretativo, si giunga mediante la valorizzazione della clausola finale del comma 2 dell'art. 1310 cod. civ., che prevede il regresso del condebitore adempiente: ove la solidarietà sia ancorata a un interesse unisoggettivo, colui che è obbligato per altri, nei cui confronti non operi la causa di sospensione, può senz'altro esercitare l'azione di regresso.

Ciò, dunque, non autorizza una lettura che faccia dipendere l'applicazione del comma 2 dell'art. 1310 cod. civ. dalla sussistenza (o meno) di unico fondamento causale alla base delle diverse obbligazioni solidali.

In altri termini, l'inerzia del creditore è giustificata solo in presenza di rapporti specifici con il debitore. I margini operativi dell'effetto sospensivo della prescrizione si conformano intorno a tali rapporti e non vi è motivo per estenderli quando la natura del legame fra creditore e debitore non risulti peculiare o speciale (ad es., coniugio, filiazione, ecc.).

L'art. 1310, comma 2, cod. civ. deve reputarsi operante per qualsiasi fenomeno di solidarietà.

#### 4. Infondatezza del distinguo fra solidarietà tipica e atipica

La decisione della Corte di cassazione fa riferimento espresso alla natura del fenomeno solidale per l'individuazione dei motivi che giustificano il modo di operare dell'effetto sospensivo della prescrizione: l'essenza, in particolare, si coglie (anche) nella dogmatica divaricazione fra solidarietà tipica e atipica (o propria e impropria). Si tratta di una impostazione tradizionale che è stata accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza; ancor oggi la si ritrova con frequenza nelle decisioni della Corte di cassazione e negli studi giuridici condotti sul tema.

Al di là del dato storico su cui si è scelto di radicare tale distinguo, una scissione del fenomeno che dia luogo, negli esiti, a forme pure e impure di solidarietà non trova riscontro nei dati del diritto positivo. È questa una lettura del fenomeno solidale ancorata a residuati concettuali che si basano su architetture interpretative dipendenti da invarianti dati di struttura (ad es., *eadem causa obligandi*, *idem debitum*, *plures debitores*). Sennonché, tali vedute risultano prive di aggancio nel diritto positivo; esse hanno contribuito a rinsaldare una concezione della solidarietà quale fenomeno immutevole e fisso.

È stato invece dimostrato come la ordinaria conformazione del fenomeno solidale non esiga la identità causale o della prestazione, fenomenicamente intesa. Svincolare la solidarietà dalla morsa strutturale per rileggere il fenomeno in chiave effettuale permette di comprenderne l'essenza e soprattutto la sua diversissima fenomenologia applicativa. Il dispositivo descritto dall'art. 1292 cod. civ. non può essere esaminato alla luce del distinguo fra tipicità e atipicità, poiché esso non postula la sussistenza di elementi caratteristici.

Diversamente da quel che è stato a lungo sostenuto, la solidarietà non conosce ontologici elementi di struttura. Il dato più immediato è che, in una molteplicità di casi, tale fenomeno opera quando quegli elementi sono del tutto assenti (ad es., artt. 2055, 1936 cod. civ.). La frequenza di queste ipotesi è tale da impedire di ravvisare un rapporto di eccezione a regola rispetto ai casi in cui la solidarietà opera in presenza di elementi asseritamente strutturali, come l'*eadem causa obligandi*.

È proprio l'operazione ermeneutica che ha relegato quei presunti referenti strutturali al di là del recinto effettuale individuato dall'art. 1292 cod. civ. che dovrebbe condurre la giurisprudenza ad abbandonare ogni distinguo radicato su manifestazioni pure e impure di solidarietà.

Peraltro, se la differenziazione fra forma tipica e atipica intende anche riflettere il distinguo fra obbligazioni solidali contraddistinte, in via alternativa, dalla esclusività o dalla comunanza degli interessi, essa rischia di rivelarsi del tutto fuorviante. Ad esempio, quando manchi l'*eadem causa obligandi*, è possibile che i condebitori siano comunque tenuti per un interesse comune: è il caso di un fideiussore che si obbliga in ragione di un interesse comune a quello del debitore principale.

## 5. Natura della solidarietà e sue vicende

La solidarietà, in quanto particolarissimo effetto giuridico che determina la liberazione di tutti i condebitori a seguito dell'iniziativa di uno solo fra essi, prescinde da requisiti di struttura, poiché essa è destinata a operare con frequenza anche quando tali referenti manchino. Non conosce elementi invarianti o naturali, e la teoria generale sull'effetto lo dimostra. Ciò significa altresì che l'assegnazione di una funzione tipica – es., *favor creditoris* – non offre alcun guadagno conoscitivo e spesso non coglie l'intima essenza del fenomeno: in molti casi esso opera, infatti, per tutelare il gruppo di debito o come strumento di composizione di interessi in reciproco conflitto. In questa prospettiva, non è condivisibile l'orientamento giurisprudenziale (v. Cass. 11 ottobre 2024, n. 26508) che nega la sussistenza della solidarietà nell'ambito delle garanzie autonome. Da ciò, ad esempio, discenderebbe anche l'impossibilità di applicare le regole degli artt. 1292 e 1300 ss. cod. civ. al contratto autonomo di garanzia: la sua causa non si identifica nell'esatto adempimento, ma nell'obbligo di tenere indenne il creditore insoddisfatto mediante la dazione di una somma di denaro predeterminata; poiché le obbligazioni del debitore e del garante autonomo sono strutturalmente diverse, ciò, secondo l'opinione di maggioranza accolta dalla Corte di cassazione, varrebbe a escludere la ricorrenza del fenomeno solidale. Questa interpretazione è priva di fondamento, poiché la solidarietà non esige immancabilmente l'adempimento esatto. Se il garante autonomo corrisponde quella somma di denaro, tale atto determina la liberazione sua e del debitore principale nei confronti del creditore: il particolarissimo effetto liberatorio contemplato dall'art. 1292 cod. civ. è realizzato anche senza il soddisfacimento puntuale dell'interesse creditorio.

Al di là del contesto delle garanzie, in cui si pone con frequenza l'alternativa fra funzione indennitaria della prestazione e adempimento esatto, l'esame di quel peculiare effetto descritto dall'art. 1292 cod. civ. dimostra come la sua operatività spesso prescinde dalla realizzazione dell'interesse creditorio. Si pensi alle molteplici fattispecie di pagamento liberatorio verso soggetti non legittimati a ricevere. Fra le varie, può menzionarsi l'ipotesi del contegno di buona fede assunto da un condebitore in solido, il quale paga in favore del creditore apparente: il suo atto determina liberazione di tutti gli altri coobbligati, senza che l'interesse del vero creditore sia soddisfatto.

Per quanto concerne le vicende collegate al fenomeno descritto dall'art. 1292 cod. civ., la circostanza per cui l'art. 1310, comma 2, cod. civ. debba reputarsi applicabile a tutte le fattispecie di solidarietà – siano essere caratterizzate da un interesse esclusivo

o comune fra condebitori – non significa che altre vicende (ad es., interruzione della prescrizione, compensazione, eccezioni personali e reali, giuramento) seguano la stessa dinamica operativa della sospensione. Alcune norme che disciplinano le vicende fra creditore e condebitori in solido ricevono una applicazione differenziata in ragione dell'assetto di interessi riconducibile al rapporto fra le parti. È quel che accade, ad esempio, con riferimento alla remissione: se essa risulta accordata al debitore principale, ciò estingue anche l'obbligazione del fideiussore (art. 1239, 1° comma, cod. civ.) in senso analogo a quanto disposto dalla prima parte del 1° comma dell'art. 1301 cod. civ. Se vi è all'opposto remissione nei confronti del fideiussore, ciò non estingue il debito del debitore principale. Così anche per la disciplina della confusione: diversamente dall'art. 1303, 1° comma, cod. civ., si estingue la fideiussione ove si realizzi la riunione nella stessa persona delle qualità di creditore e debitore principale; viceversa, non si estingue l'obbligazione principale se nella stessa persona si riuniscono le qualità di creditore e fideiussore. E così per altre fattispecie.

Ciò non vale, tuttavia, per l'effetto sospensivo della prescrizione verso il condebitore senza interesse, proprio perché essa si giustifica per ragioni particolari legate a rapporti fra creditore e debitore principale. Il creditore deve esercitare il proprio diritto verso il condebitore senza interesse nel termine prescrizionale preveduto dalla legge.

## 6. Indicazioni di lettura

Sul modo di operare della sospensione nell'ambito delle obbligazioni solidali, v. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, rist. agg. Milano, 2019, 732 ss., spec. 734; D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2019, 242 ss.

È convincimento storicamente radicato in dottrina che la ragione della solidarietà sia da rintracciare nel *favor creditoris*: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª ed. riv. agg., III, Milano, 1959, 537; BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, sez. III, *Delle obbligazioni in solido*, Artt. 1277-1320, a cura di CUFFARO, nel *Commentario del codice civile.*, diretto da E. Gabrielli, rist. (2013) Milanofiori Assago, 2016, 245; BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., 695; D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., 86 (ove, però, anche argomenti nel senso del riequilibrio delle posizioni fra creditore e debitori); ID., *Riflessioni sulle obbligazioni plurisoggettive: un «ritorno» alle ragioni del vincolo di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 813 ss., nonché in *La disciplina generale del rapporto obbligatorio. Attualità e prospettive*, a cura di DE CRISTOFARO e FINESSI, 2024, 121 ss.; NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, 273-274, 277. Sia consentito il rinvio, per una diversa lettura del fenomeno, a BUONANNO, *Solidarietà obbligatoria e attuazione del debito. Contributo allo studio della fideiussione*, Torino, 2024.

Sulla struttura del contratto assicurativo, v. per tutti GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, rist. (Milano 1964) Napoli, 2015.

Una suggestiva ricostruzione sul fondamento del regresso nell'ambito delle obbligazioni solidali è offerta da SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingeren-*

ze egoistiche e restituzione del profitto, Torino, 1999, 164 ss., 166. A questo tema è dedicato il lavoro monografico di BALBUSSO, *Il regresso nella solidarietà debitoria*, Milano, 2016.

Per l'idea che la solidarietà rechi l'attributo della atipicità, cfr., ad es., BATELLI, *La fideiussione*, in *I contratti bancari*, a cura di PIRAINO e CHERTI, Torino, 2016, 349 ss., 380. Sembrano già accedere a una impostazione di questo genere BENEDETTI, *sub art. 1292*, in *Delle obbligazioni*, sez. III, *Delle obbligazioni in solido*, artt. 1277-1320, a cura di CUFFARO, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, rist. (2013) Milanofiori Assago, 2016, 257-258, sia pure con qualche cautela (e, infatti, *ivi* nt. 56), nonché, per quanto si riconosca la natura duttile e unitaria del fenomeno solidale (p. 680), VILLANACCI, *Solidarietà fideiussoria*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del 1° Convegno Nazionale. 7-8-9 aprile 2005. Grand Hotel Quisisana – Capri*, Napoli, 2006, 677 ss., spec. 678. Ma, riprendendo l'impostazione di BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, già IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 153 ss., spec. 158-159, si esprimeva in senso critico verso quelle teorie rivendicanti forme spurie di solidarietà. Trattati di una concezione, che finisce per risolversi in una divaricazione tra solidarietà propria o impropria (autentica o spuria, ecc.), possono cogliersi già in Cass., 7 luglio 1999, n. 7019, in *Arch. circ.*, 1999, 882, ove si discorre di «solidarietà atipica ad interesse unisoggettivo», in virtù della «diversità dei titoli in base ai quali l'assicuratore ed il responsabile – assicurato sono rispettivamente tenuti nei confronti del danneggiato (il primo “*ex lege*”, il secondo “*ex delicto*”)». Un'impostazione simile si rintraccia altresì in Cass., 26 gennaio 1990, n. 481, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 180, nonché in Cass., 29 luglio 1983, n. 5218 in *Foro it.*, 1983, I, c. 2389, con nota di PARDOLESI. Più di recente, discorrono di solidarietà atipica anche Cass., 10 giugno 2013, n. 14537, in *Danno e resp.*, 2014, 799 ss.; Cass., 9 luglio 2019, n. 18325, in *Foro it.*, 2020, I, c. 292. In senso contrario pare orientarsi Cass., 27 giugno 2018, n. 16922, in *Foro it.*, 2019, I, c. 577.

La realizzazione dell'interesse creditorio (anche mediante prestazioni ontologicamente diverse) è stata sempre considerata il tratto essenziale del fenomeno. V., ad es., ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 59 e, da una diversa prospettiva metodologica, VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, 377-378. Il legame fra solidarietà e realizzazione dell'interesse creditorio è altresì valorizzato dalla dottrina commercialistica: cfr., per un riscontro esemplificativo, DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, rist. (Napoli 1967) Milano, 2005, 350-351. Più di recente, su questi profili, v. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., 25-26. Gli studi sul tema pongono con frequenza l'accento sull'adempimento quale tratto utile a distinguere la solidarietà da obbligazioni diverse: così MAGGIOLO, *Obbligazioni sociali, responsabilità dei soci e solidarietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 37 ss., spec. 63.

## ABSTRACT

Movendo da una recente decisione della Corte di cassazione, che ha definito l'ambito di applicazione dell'art. 1310, comma 2, cod. civ., l'articolo esamina criticamente la soluzione interpretativa offerta dalla giurisprudenza di legittimità sul tema dell'effetto so-

sospensivo della prescrizione nei fenomeni di solidarietà a interesse comune e a interesse esclusivo. Diversamente dalle conclusioni raggiunte dalla Corte di cassazione, la previsione che limita l'effetto sospensivo della prescrizione deve considerarsi suscettibile di trovare applicazione anche quando la solidarietà sia chiamata a operare nell'interesse esclusivo di un solo condebitore. Ciò alla luce della particolare natura del fenomeno solidale nel diritto delle obbligazioni.

*Drawing upon a recent decision issued by the Corte di cassazione, which defined the scope of application of Article 1310, paragraph 2, of the Codice civile, this article critically examines the interpretative solution provided by the Court regarding the suspensive effect of the statute of limitations in the context of solidarity based on either exclusive or common interests of co-debtors. Contrary to the conclusions reached by the Court of Cassation, the provision of Art. 1310(2) cod. civ., which limits the suspensive effect of the statute of limitations to specific parties, should be regarded as applicable even when solidarity operates for the exclusive benefit of a single co-debtor. This conclusion is grounded in the specific nature of solidarity within the law of obligation.*



### **L'informativa precontrattuale sull'obbligo di pagamento (solo condizionato) nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici. Profili applicativi e rimedi (A proposito di Corte giust. UE, 30 maggio 2024, causa C-400/22)**



*Francesca Degl'Innocenti*

Ricercatrice dell'Università di Firenze

**SOMMARIO:** **1.** L'obbligo precontrattuale sul pagamento (art. 8, par. 2, c. 2, direttiva 2011/83/UE) e il quesito in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. – **2.** “Armonizzazione massima”, vulnerabilità digitale ed interpretazione estensiva dell'obbligo informativo. – **3.** Notazioni su legittimazione ad agire e vicenda circolatoria del credito (rectius dello statuto disciplinare protettivo del consumatore).

#### **1. L'obbligo precontrattuale sul pagamento (art. 8, par. 2, c. 2, direttiva 2011/83/UE) e il quesito in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia**

In base all'art. 8, par. 2, c. 2, della direttiva 2011/83/UE, relativo ai “requisiti formali per i contratti a distanza” stipulati con mezzi elettronici, “il professionista garantisce che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare”. Nel caso in cui la conclusione del contratto implichi di azionare un pulsante o una funzione analoga, questi devono riportare in maniera facilmente leggibile la dicitura “ordine con obbligo di pagare” o “una formulazione corrispondente inequivocabile” indicante l'obbligo di pagamento; in mancanza, “il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine”.

Come è noto, la disposizione in parola si inserisce nell'ambito della regolamentazione europea che ha ridisegnato l'impianto sistematico della disciplina del “rapporto

di consumo”, rafforzando e ampliando i diritti dei consumatori e, correlativamente, gli obblighi gravanti sui professionisti<sup>1</sup>.

Un impianto, in realtà, a due direzioni, ove ad una regolamentazione generale, che si applica a “qualsiasi contratto” (pur con le dovute e significative eccezioni), si affianca una regolamentazione settoriale, che investe i soli contratti conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali<sup>2</sup>. Rispetto a questi ultimi, l'ordito normativo accede ad un neoformalismo che sorregge l'obbligo di corretta informazione precontrattuale, lasciando peraltro agli interpreti il compito di decodificare le opzioni rimediali, in presenza di clausole contrattuali difformi dalle informazioni precontrattuali fornite dal professionista, reputate, a norma di legge (art. 6, par. 5), “parte integrante del contratto” e immutabili, se non per espresso accordo fra le parti, o nella diversa ipotesi di informazioni omesse o carenti<sup>3</sup>.

L'informativa introdotta, per i contratti elettronici, dall'art. 8, par. 2, si colloca fra gli obblighi del professionista definiti “a statuto forte”, e cioè non passibili di deroga da parte dei diritti nazionali, introdotti dal legislatore al fine di assicurare che il consumatore

<sup>1</sup> La direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, interviene ad abrogare le direttive 86/577/CE e 97/7/CE, rispettivamente in materia di contratti a distanza e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, nonché a modificare le direttive 93/13/CE in materia di clausole abusive e 99/44/CE in materia di garanzie nella vendita di beni di consumo. Per un commento alla normativa europea, senza pretesa di esaustività, si rinvia a MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 4, 861 ss.; DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in ROPPO - D'ANGELO (a cura di), *Annuario del contratto 2011*, Torino, 2012, 30 ss.; PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 2, 325 ss.; LEHMANN - DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 2, 419 ss.; D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, 7, 611 ss.; ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 311 ss.; RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, 2, 754 ss. Nella letteratura europea, cfr., *ex multis*, BYDLINSKI-LUGER (Hg), *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, Wien, 2012; GRUNDMANN, *Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie Optimierung, Alternative oder Sackgasse?*, in *Juristen Zeitung*, 2013, 53 ss. Per una panoramica generale sulla natura e sulle conseguenze derivanti dalla violazione degli obblighi informativi, ci si limita a rinviare a GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 595 ss.

<sup>2</sup> FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contr. imp. Europa*, 2015, 2, 484-485.

<sup>3</sup> Si tratta evidentemente di due diversi ordini di problema, risolvibili, nel primo caso, attraverso l'integrazione del contenuto contrattuale e cioè la sostituzione delle clausole difformi, sempre che le clausole non siano state espressamente e singolarmente pattuite; nel secondo caso, ferme le opzioni rimediali espressamente previste per talune e specifiche fattispecie (in primo luogo, lo *ius poenitendi*), attingendo ai diversi rimedi generali, risolutori o risarcitori a seconda della tipologia dell'obbligo informativo e della sua funzione. Su tale aspetto, cfr. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. Giur.*, 2014, 6, 748-749.

venga messo al corrente di tutti quegli aspetti economici che discendono dalla conclusione del contratto, che potrebbero non risultare chiaramente rappresentati nell'offerta del professionista *on line*, con il risultato di interferire sull'assunzione di una "decisione di natura commerciale" pienamente consapevole ed informata<sup>4</sup>.

Nella fattispecie in esame, il legislatore affida la tecnica protettiva a requisiti di forma, quali standard che il professionista deve osservare per il corretto adempimento dell'obbligo, e ad uno strumento rimediale contrattuale di incerta ricostruzione tipologica: l'esclusione dell'efficacia vincolante del contratto o dell'ordine per il solo consumatore<sup>5</sup>.

In merito allo statuto disciplinare dello strumento rimediale e, prima ancora, sull'estensione applicativa dell'obbligo informativo, di recente la Corte di Giustizia europea, con sentenza del 30 maggio 2024, C-400/22, è intervenuta a chiarire, in sede di rinvio pregiudiziale, se l'obbligo informativo debba ritenersi sussistente in capo al professionista anche quando il pagamento del corrispettivo da parte del consumatore sia condizionato al verificarsi di circostanze esterne alla sua volontà o ad iniziative dello stesso professionista (come l'esercizio dell'azione in giudizio)<sup>6</sup>.

L'interpretazione dell'art. 8, par. 2, dir. 2011/83/UE – nei termini ora precisati – si è resa necessaria per la risoluzione di una controversia sorta di fronte al Tribunale circoscrizionale di Berlino, e sollevata poi, in via di gravame, dinanzi al Landgericht Berlin (il "giudice del rinvio"), fra i locatori di un alloggio ed una società di recupero dei crediti alla quale il conduttore aveva ceduto i propri diritti ad ottenere il rimborso dei canoni di locazione, corrisposti in misura eccedente rispetto al massimale previsto dal diritto nazionale.

Al fine di contrastare l'azione esperita dalla società per il rimborso dei canoni versati oltre la misura consentita, i locatori eccepivano la nullità del contratto di gestione d'affari intercorso fra la società (il "professionista") e il conduttore (il "consumatore"), facendo perno sull'inosservanza dei requisiti formali previsti dall'art. 312 j, par. 3 e 4, del BGB, di recepimento dell'art. 8, par. 2, della direttiva europea.

<sup>4</sup> La distinzione fra obblighi informativi "a statuto forte", riguardanti i contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali, per i quali è esclusa la derogabilità da parte degli Stati membri, in contrapposizione agli obblighi informativi "a statuto debole", è di PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?) Il commento*, in *Contratti*, 2014, 8-9, 796 ss.

<sup>5</sup> Per una riflessione sul neoformalismo che accompagna gli obblighi informativi del professionista, cfr., *ex multis*, PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 770 ss.; Id., *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, cit., 331-334; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, 113 ss.; MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *I Contratti*, 2011, 977 ss.; FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2012, 582 ss.

<sup>6</sup> Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22, *V.T.*, *U.R. c. Conny GmbH*, segnalata e consultabile sulla pagina di *Accademia* nella rubrica "dalle Corti"; nonché in *Foro it.*, 2024, 6, 307 ss.; per un commento, nel contesto di una più ampia riflessione su presupposti e limiti alla circolazione dello statuto consumeristico, sulla quale si ritornerà nel prosieguo, cfr. PAGLIANTINI, *La circolazione dello statuto consumeristico: esperimenti in una terra incognita*, in *Foro it.*, 2024, 4, 1069 ss.

Risultava, infatti, che il contratto si fosse perfezionato *on line* mediante l'accettazione delle condizioni generali di contratto e l'inoltro dell'ordine da parte del conduttore, senza, però, che, al momento del *point and click*, fosse stata acquisita un'accettazione espressa rispetto all'obbligo di pagamento scaturente dal vincolo pattizio, che, in base alle condizioni sottoscritte, contemplava una remunerazione della società in caso di effettivo recupero dei canoni corrisposti in eccedenza, calcolata in termini percentuali rispetto al riscosso, o, in diversa misura, per ogni diffida inviata ai locatori<sup>7</sup>.

Il *quid disputandum* risiedeva quindi nel riconoscimento, o meno, dell'estensione operativa della richiamata disposizione codicistica, e del correlativo obbligo informativo, anche ai contratti conclusi con mezzi elettronici ove l'obbligo di pagamento è futuro ed incerto. Ravvisata l'assenza di indirizzi ermeneutici univocamente orientati sulla portata applicativa della normativa nazionale, il giudice del rinvio riteneva dirimente, ai fini di offrire una risoluzione della controversia pendente conforme al diritto comunitario, l'interpretazione dell'art. 8, par. 2, 2 c., della direttiva, che veniva pertanto deferita alla Corte di Giustizia, sì da chiarire

*“Se sia compatibile con l'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2011/83 il fatto che una normativa nazionale (nel caso di specie: l'art. 372 j, paragrafi 3 e 4, del BGB, nella versione applicabile dal 13 giugno 2014 al 27 maggio 2022) sia interpretata nel senso che essa trova applicazione, al pari dell'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma, della medesima direttiva, anche nel caso in cui il consumatore non assuma un obbligo incondizionato di pagamento nei confronti del professionista al momento della conclusione del contratto con mezzi elettronici, bensì solo subordinatamente a determinate ulteriori condizioni – ad esempio, esclusivamente in caso di successivo esito positivo dell'azione giudiziaria oggetto dell'incarico oppure di successivo invio di un sollecito a terzi”.*

Il Landgericht Berlin articolava il quesito affidandolo ad alcuni snodi interpretativi favorevoli ad un'interpretazione estensiva della disciplina comunitaria, sostanzialmente riconducibili al contenuto letterale della direttiva (che non delimita in termini restrittivi e con eccezioni il perimetro applicativo della disposizione scrutinata) e all'obiettivo cui la normativa tende, ovvero sia quello di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori, senza operare distinzioni nel beneficio accordato a tale categoria di soggetti, a seconda che il pagamento sia senz'altro dovuto o solo condizionato.

Il rischio che si cela nell'accedere ad una diversa interpretazione, a carattere restrittivo, è rappresentato nei seguenti termini:

*“non si potrebbe escludere che i professionisti inseriscano in futuro nelle loro condizioni generali clausole che farebbero dipendere l'obbligo di pagamento del consumatore*

<sup>7</sup> Più precisamente, il conduttore-consumatore aveva accettato le condizioni generali di contratto, inoltrato l'ordine e, successivamente, sottoscritto un formulario intitolato “Conferma, procura e cessione, autorizzazione”, che non recava alcun riferimento all'obbligo di pagamento.

*dal verificarsi di altre condizioni, al fine di svincolarsi dagli obblighi che gravano su di essi e che sono sanciti all'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2011/83”.*

## **2. “Armonizzazione massima”, vulnerabilità digitale ed interpretazione estensiva dell’obbligo informativo**

La domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio è ritenuta ricevibile e rilevante ai fini della soluzione della controversia principale. A tale riguardo, nella assai succinta motivazione rassegnata dalla Corte, alcun rilievo assume la circostanza che, al fine di contrastare le richieste di rimborso della società “cessionaria” del diritto di credito, i locatori avessero eccepito l’invalidità del contratto, a carattere protettivo per il consumatore.

I giudici comunitari respingono l’eccezione sulla carenza di legittimità ad agire dei terzi locatori fatta valere dalla società appellata, sul rilievo che

*“la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale consente a un terzo di contestare la validità di un contratto di gestione d'affari stipulato tra un consumatore e un professionista quando, sulla base di tale contratto, il professionista ha proposto, a nome di tale consumatore, un'azione giurisdizionale nei confronti di tale terzo”.*

Del resto, lo scopo protettivo della norma non verrebbe disatteso, nella misura in cui il consumatore, pur sempre,

*“manterrebbe la possibilità di confermare il contratto o di concluderne uno nuovo con il professionista”.*

Una prospettiva, quella cui accedono i giudici comunitari sul regime protettivo consumeristico che solleva non pochi interrogativi, sui quali ci si riserva di compiere più appropriate notazioni nelle pagine a seguire.

Concentrandoci, invece, in prima battuta, sull’*iter* argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia, è agevole osservare come le *rationes decidendi* si sviluppino intorno ad uno schema deduttivo analogo a quello richiamato nell’ordinanza di rinvio.

Dapprima, si evoca il chiaro tenore letterale dell’enunciato normativo, il quale regola gli obblighi informativi precontrattuali che precedono la stipulazione di un “contratto a distanza” con mezzi elettronici, senza introdurre limitazioni od eccezioni in ragione della debenza del pagamento, effettiva o condizionata.

Ancorché il profilo non venga trattato nella sentenza scrutinata, alla luce della sistematica del diritto contrattuale, la subordinazione del pagamento del corrispettivo ad una condizione (l’esito positivo dell’azione esperita per il rimborso dei canoni) non sembrerebbe incidere sulla (necessaria) qualificazione onerosa del negozio giuridico, ben potendo tale carattere ravvisarsi nella fattispecie negoziale in esame, a seconda che essa sia riconducibile ad un mandato all’incasso o ad una cessione del credito, rispettivamente nella mera attribuzio-

ne del diritto a gestire le richieste di rimborso del consumatore nella prospettiva di assicurargli un vantaggio economico – e, solo eventualmente, in caso di esito positivo dell'azione, accompagnato dal riconoscimento di un corrispettivo a favore del mandatario (nei termini di un patto di quota lite) – o nel trasferimento del diritto<sup>8</sup>. L'incertezza del corrispettivo o la sua attribuzione in termini variabili non varrebbe comunque ad escludere l'interesse economico che anima l'agire della società cessionaria e, di conseguenza, la riconduzione della fattispecie negoziale nel perimetro applicativo di cui all'art. 8 della direttiva.

Del resto, l'obbligo condizionato non influisce neppure sull'obiettivo perseguito dalla disciplina settoriale, che è, a prescindere dalla (immediata) esigibilità del pagamento, quello di assicurare la formazione di una volontà dell'aderente consapevole dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, riguardanti le principali caratteristiche del bene o del servizio, il prezzo complessivo, la durata del contratto e l'eventuale durata minima degli obblighi posti a carico del consumatore, oltre che lo stesso obbligo di pagamento (art. 8, par. 2, in combinazione con il richiamato art. 6, par. 1, lett. a) e) o) e p).

Diversamente da altre tipologie di obblighi informativi, la formalizzazione dell'obbligo sul pagamento non è però riducibile ad un mero processo di esteriorizzazione dello stesso, atteggiandosi diversamente dalla sola modalità espressiva della regola giuridica, calibrata sul particolare mezzo impiegato per la contrattazione<sup>9</sup>.

A tale riguardo, è solo il caso di ricordare come il “requisito formale”, cui fa riferimento la seconda parte dell'art. 8, par. 2, 2 c., consistente nella “garanzia che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che quest'ultimo implichi l'obbligo di pagare” si presti a letture interpretative non univoche: un requisito suscettibile di incidere sul momento perfezionativo del contratto o, alternativamente, un mero

<sup>8</sup> E ciò a prescindere dall'orientamento interpretativo in punto di onerosità e gratuità del contratto, cui si intenda accedere. Secondo ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2011, 412 ss., sono onerosi gli atti in cui «ciascuna parte fa una prestazione, e la prestazione è il sacrificio che la parte sopporta per il vantaggio derivante dalla prestazione di controparte»; tuttavia, la prestazione va intesa in senso ampio ed è suscettibile di includere, oltre all'obbligazione in senso stretto, anche “il trasferimento di un diritto (...); la costituzione di un diritto nuovo; la rinuncia di un proprio diritto verso controparte; più in generale, ogni modificazione delle situazioni giuridiche esistenti fra le parti, suscettibile di costituire un sacrificio giuridico-economico per l'una e un vantaggio giuridico-economico per l'altra”. Secondo un altro indirizzo interpretativo, la natura onerosa o gratuita di un negozio si fonda, più che sul rapporto sinallagmatico e corrispettivo fra prestazioni, sulla valutazione in concreto degli interessi perseguiti dalle parti (causa in concreto): l'atto è a titolo oneroso se l'autore dell'attribuzione, pur non ricevendo una controprestazione (in senso tecnico), è mosso da un interesse di natura patrimoniale (interesse economico); nell'ipotesi contraria, l'atto è a titolo gratuito (cfr. in giurisprudenza, Cass. civ., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito, con nota di DI BIASE, *La rilevanza della “causa concreta” nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*, in *Contratti*, 2010, 11, 1013 ss.).

<sup>9</sup> Vd. *retro* nt. 5 e, per una riflessione sulla «commistione» tra forma e procedimento formativo del contratto, anche ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in PENNASILICO (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 25 ss. Si sofferma sulle diverse tipologie di obblighi informativi nella dir. n. 2011/83 DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 930 ss.

obbligo precontrattuale, pur conformato nel contenuto e nella forma e sorretto, in caso di inadempimento, da un apposito apparato rimediabile<sup>10</sup>.

Nel primo caso, il contenuto dell'obbligo del professionista si tradurrebbe, in realtà, nell'ambito di una scansione procedimentalizzata della fase conclusiva del contratto, in una "garanzia" ad acquisire l'espresso consenso del consumatore all'obbligo di pagamento, evidentemente quale *posterius* logico-temporale rispetto ad un obbligo informativo che lo precede, che impone di fornire contenuti chiari e facilmente intellegibili dell'impegno nell'imminenza dell'inoltro dell'ordine in funzione del *point and click*<sup>11</sup>. Quest'ultima impostazione sembrerebbe, in effetti, suffragata dalla circostanza che l'obbligo debba risultare espressamente nella funzione o pulsante predisposto per l'inoltro dell'ordine, di guisa che il contratto possa dirsi perfezionato solo in presenza di predetta condizione; il che equivale a ritenere inadeguato il rilascio di un'informazione che pure assuma le caratteristiche della "chiarezza" e dell'apparenza o sia autoevidente, senza essere altresì aggregata alla funzione di inoltro<sup>12</sup>.

La sentenza scrutinata sembrerebbe avvalorare tale orientamento, atteso l'espresso richiamo ai principi enunciati in Corte di Giustizia, 7 aprile 2022, C-249/21, a conferma che

*“il completamento di un processo di inoltro di un ordine che comporta un obbligo di pagare a carico del consumatore è una fase fondamentale, in quanto implica che il consumatore accetti di essere vincolato non solo dal contratto a distanza, ma anche dall'obbligo di pagamento”.*

<sup>10</sup> Forti riserve sull'atecnicismo del lessico e sulla disomogeneità dei regimi protettivi del consumatore che caratterizzano anche il d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 (che ha recepito, nell'ordinamento italiano, la direttiva 2011/83/UE) sono espresse da PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014*, cit., 796 ss.

<sup>11</sup> Secondo MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit., 899, “il difetto di un'adeguata avvertenza determinerà il mancato perfezionamento dell'ordine o del contratto”; della medesima opinione anche LEHMANN - DE FRANCESCHI, *op. cit.*, 441 s. La procedura che presiede alla conclusione del vincolo è, nella morfologia della disciplina consumeristica in considerazione, funzionalmente connessa al raggiungimento di una giustizia contrattuale, bene inteso, non concepita in una proiezione assiologica, ma in termini classici quale ripristino di un “*fair level playing field*”; sul rapporto fra autonomia contrattuale e giustizia procedurale, si rinvia ad una recente e approfondita disamina in RICCI (a cura di), *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, Milano, 2024.

<sup>12</sup> Troverebbe così giustificazione il diverso contenuto fra l'art. 8, dettato per i contratti a distanza, e l'art. 5, par. 1, della direttiva (recepito, nell'ordinamento italiano, all'art. 48 cod. cons.), riguardante i contratti diversi da quelli conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, ove l'obbligo informativo, sprovvisto di un requisito legale di forma, è valorizzato nella sua primaria funzione di strumento conoscitivo del contenuto del contratto, la cui inosservanza ha delle conseguenze nella misura in cui la conoscenza dell'informazione non sia stata o non dovesse essere comunque acquisita dal consumatore (l'obbligo del professionista è, infatti, escluso se le informazioni risultano “già apparenti dal contesto”); coerentemente, in tale ultima ipotesi, il difetto di informazione non si traduce in un vizio che incide sull'atto.

È, tuttavia, vero che l'opzione rimediatale introdotta normativamente si concretizzi in un difetto di vincolatività unilaterale, inducendo così a ritenere preferibile configurare il rimedio in termini di nullità di protezione virtuale<sup>13</sup>.

Per quanto concerne le modalità di adempimento dell'obbligo del professionista, si è detto come, per i contratti elettronici conclusi mediante l'inoltro di un ordine, l'enunciatore normativo richiede necessariamente l'adozione della specifica forma prestabilita dal legislatore comunitario: il pulsante o la funzione di inoltro devono riportare in maniera facilmente leggibile le parole "ordine con obbligo di pagamento" o un'analogia "formulazione inequivocabile". In quest'ultimo caso, è rimessa alla discrezionalità del professionista l'adozione di una dicitura conforme ai parametri della "chiarezza" e della "leggibilità" che consenta al consumatore di acquisire la piena consapevolezza del sacrificio patrimoniale che potrà derivargli dal contratto. Vi è allora da intendersi sul parametro cui fare riferimento al fine di concretizzare detti canoni. Da questo punto di vista, all'apparenza non sembrerebbero sussistere fondate ragioni per discostarsi dal parametro del consumatore medio, di talché, una volta espletato dal professionista *expressis verbis* l'obbligo informativo sull'impegno economico che l'aderente si assume negozialmente, il comportamento economico atteso rimane quello di un consumatore "normalmente informato" e "ragionevolmente attento e avveduto"; tale deve considerarsi il contraente che, rispettati i requisiti formalistici della contrattazione a distanza con mezzi elettronici, sia in grado di riconoscere e comprendere che l'inoltro dell'ordine implichi l'obbligo di pagamento<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Così PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo*, cit., 809 (il quale propende per qualificare il rimedio come una nullità "per contravvenzione ad un requisito formale, epperò di protezione"), e FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 506-507 ss., ad opinione del quale, con la previsione della "non vincolatività", il legislatore intende raggiungere una soluzione di compromesso, evitando al consumatore di dover pagare il prezzo di un bene o servizio di cui non era consapevole, ma anche al professionista di dover compiere la prestazione a titolo gratuito; ritiene che ricorra una forma di inefficacia del contratto, CUFFARO, *op. cit.*, 749 (con specifico riferimento all'art. 51, 2 c., cod. cons., di recepimento della direttiva europea); per un riferimento alle diverse ricostruzioni teoriche del rimedio e alle soluzioni accolte da alcuni legislatori nazionali, cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 954, il quale, dal suo canto, esclude che possa essere il professionista ad invocare "la non vincolatività" dell'accordo per sottrarsi all'adempimento degli obblighi da esso scaturenti (p. 955). In ogni caso, la violazione del requisito "formale" dell'obbligo informativo non varrebbe a decretare la nullità del contratto per difetto di forma; così, rispetto alle informative per le quali è richiesta una specifica forma, GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 570 ss. e PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004, 114, e, con specifico riguardo alla previsione normativa in commento, ID., *La riforma del codice del consumo*, cit., 808. Anche secondo LANDINI, *op. cit.*, 130, la forma degli obblighi informativi nei rapporti *b2c* sono elementi strutturali dell'atto informativo, e non del contratto, pur essendo detta forma orientata "verso scopi ulteriori all'interno del farsi del contratto o del rapporto contrattuale in atto (trasparenza, certezza, educazione)".

<sup>14</sup> Di questo avviso DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 925-926; maggiori perplessità in PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo*, cit., 802 ss. L'impiego della nozione di "consumatore medio" è confermata da Corte di Giustizia, 7 aprile 2022, C-249/21, *Fuhrmann-2-GmbH c. B*, la quale si è pronunciata su

Tuttavia, rispetto alle vicende negoziali in parola, alla problematica che investe tipicamente la relazione di scambio fra professionista e consumatore, in cui lo strumento di tipo formalistico è in funzione della neutralizzazione di un potenziale assetto sperequato derivante da un rapporto asimmetrico e risponde all'esigenza di contrasto a pratiche commerciali ingannevoli, indubbiamente si aggiungono rischi più immediatamente connessi alla contrattazione a distanza, ove non è garantita la presenza fisica e simultanea del professionista, e all'utilizzo del mezzo tecnologico, con le insidie che ne derivano<sup>15</sup>.

Una vulnerabilità quella presa in considerazione dalla normativa rispetto alla quale, infatti, nell'economia complessiva dell'intervento regolatorio, non rimangono pretermessi parametri o circostanze attinenti alla sfera individuale soggettiva, in base ai quali identificare il consumatore maggiormente esposto o influenzabile o poco avvezzo all'acquisto *online*. Esplicito, in tal senso, è il considerando n. 34 della direttiva europea, in base al quale la chiarezza e comprensibilità delle informazioni che il professionista è tenuto a fornire “prima che il consumatore assuma gli obblighi derivanti da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali (...)” sono misurate tenendo “in considerazione le esigenze specifiche dei consumatori che sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale, fisica o psicologica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere”.

L'apertura ad una valutazione del livello di comprensione del consumatore modulata sulle qualità soggettive del contraente che possono acuire la “vulnerabilità digitale” rimane, tuttavia, equivoca nella sua concreta portata applicativa, atteso l'inciso finale secondo cui la considerazione di dette variabili “non dovrebbe condurre a discrepanze nei livelli di tutela dei consumatori”.

---

una domanda di rinvio pregiudiziale sempre relativa all'interpretazione dell'art. 8, par. 2, c. 2, dir. n. 2011/83, ma stavolta diretta a statuire se per considerare la formulazione presente sul pulsante di inoltro (nel caso di specie, recante la dicitura “conferma la prenotazione”) un'espressione analoga a quella di “obbligo di pagamento”, ai fini del corretto adempimento dell'obbligo informativo, occorra basarsi sulla sola dicitura riportata sul pulsante o funzione analoga o anche prendere in considerazione le circostanze che accompagnano il processo di inoltro di un ordine (interpretazione quest'ultima respinta dalla Corte, poiché reputata meno tutelante per il consumatore). Si noti, come più di recente, la Corte di Giustizia, 14 novembre 2024, C-646/22, segnalata e consultabile sulla pagina di *Accademia* nella rubrica “dalle Corti” abbia chiarito come la nozione di “consumatore medio”, contenuta nella direttiva 2005/29/UE sulle pratiche commerciali sleali, si riferisca ad un soggetto “normalmente informato”, in relazione alle informazioni che si possono ragionevolmente presumere note ad ogni consumatore, tenendo conto dei pertinenti fattori sociali, culturali e linguistici, e non alle informazioni proprie delle operazioni di cui trattasi.

<sup>15</sup> Si pensi ai problemi connessi alla modificabilità unilaterale delle pagine web ove sono contenute informazioni inerenti ai beni o servizi venduti, per fronteggiare i quali sono previste dalla dir. n. 2011/83 obblighi di conferma degli ordini per iscritto o su supporti durevoli; in tema, cfr. Corte Giust., 5 luglio 2012, C-49/11, commentata fra l'altro da PAGLIANTINI, *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: i casi Content services e Ebookers.com alla luce della dir. 2011/83/UE*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 12, 872 ss.

Una chiave di lettura del precetto normativo, idonea a preservarne una coerenza di fondo, è quella di ritenere che il professionista debba certamente tenere conto della tipologia di consumatori a cui rivolge la propria offerta, ma, in termini operativi, la situazione di “vulnerabilità digitale” in cui versò il consumatore, che acquisti beni o servizi online, si pone (più che altro) a fondamento di un regime rimediale di particolare favore per il “contraente debole”, per il quale il contratto concluso in violazione dell’obbligo informativo rimane non vincolante<sup>16</sup>.

La consapevolezza delle particolari insidie connesse ai contratti conclusi a distanza mediante strumenti elettronici si pone, altresì, a fondamento della strategia di armonizzazione selettivamente perseguita dalla direttiva in commento rispetto a tale contrattazione. Coerente è lo schema argomentativo della Corte di Giustizia, il quale si sviluppa attorno alla valutazione di congruità della soluzione interpretativa in rapporto all’obiettivo perseguito di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e al grado di armonizzazione richiesto dalla disciplina normativa, che, per i contratti “a distanza” e “negoziati fuori dei locali commerciali”, è un’armonizzazione massima, che mira cioè a superare le difformità giuridiche inter-ordinamentali, e che quindi – secondo la prospettazione del giudice del rinvio, recepita dalla Corte di Giustizia – non dovrebbe avvalorare una lettura del precetto normativo che introduca distinzioni fra consumatori, privando taluni delle tutele previste per il solo fatto che l’obbligo di pagamento “*dipende dal verificarsi di altre condizioni, su cui essi non possono esercitare alcuna influenza*” e che si prestano ad usi opportunistici da parte dei professionisti.

Sin dalla relazione illustrativa della proposta di direttiva, la *full harmonization* si orienta a garantire un livello di protezione massimo ai consumatori, tramite un’inderogabilità assoluta della normativa comunitaria *in peius* e *in melius*. I vantaggi attesi sono connessi al superamento della frammentazione normativa in seno al mercato unico europeo e al contenimento dei costi transattivi e amministrativi sostenuti dalle imprese per adeguarsi alle diverse legislazioni nazionali, concepiti quali fattori di freno al traffico transfrontaliero<sup>17</sup>. Sennonché, per un verso, l’obiettivo dell’uniformità e della semplificazione del quadro giuridico normativo è disatteso dall’incertezze sul piano delle tecniche

---

<sup>16</sup> DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 925-926. In tema di vulnerabilità del consumatore, in luogo di tanti, cfr. WADDINGTON, *Exploring vulnerability in EU Law: An analysis of “vulnerability” in EU criminal law and consumer protection law*, in 45 (6) *Eur. Law Rev.*, 2020, specie 791 ss.; il riferimento ad aspetti individuali o della personalità dei consumatori, quali fra l’altro l’infermità mentale o fisica, l’età o la credulità, come caratteristiche suscettibili di incidere sulla vulnerabilità del consumatore medio è un principio inaugurato dalla direttiva in tema di pratiche commerciali sleali, poi replicato in successive iniziative legislative euro-unitarie, come per esempio il regolamento UE 2023/988 del 10 maggio 2023 relativo alla sicurezza generale dei prodotti; in tema di recente, VENCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell’età*, in *Contr. impr.*, 2024, 3, 656 ss.

<sup>17</sup> Al principio dell’armonizzazione massima si ispira anche la direttiva 2019/771/UE (vd. art. 4); cfr., *ex pluribus*, PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, 217 ss.; *Id.*, *A partire dalla dir. 2019/771 (UE): riflessioni sul concetto di armonizzazione massima*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 1 ss.; D’AMICO - PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018.

rimediali introdotte dalla fonte comunitaria, complice l'indeterminatezza e la polisemia del lessico utilizzato, ma anche la volontà di non pregiudicare il diritto contrattuale nazionale generale, in riferimento alle “norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto” (art. 3, par. 5, e considerando n. 14); per altro verso, si è da più parti messo in dubbio che l'obiettivo dell'uniformazione massima rappresenti la strategia più efficace a raggiungere le finalità protettive sottese al *corpus* normativo. Un maggiore livello di tutela per i consumatori potrebbe, infatti, essere raggiunto proprio assicurando, secondo un diverso principio di armonizzazione minima, ai singoli ordinamenti la facoltà di predisporre presidi giuridici più elevati<sup>18</sup>.

È certamente vero che l'avanzare del progresso tecnologico e le nuove modalità di fare *business* richiedano un costante adeguamento dell'apparato normativo alla crescente digitalizzazione del mercato e allo sviluppo delle piattaforme online e dei *marketplace*, che mettono in contatto venditori e consumatori; in tale contesto, la semplificazione e l'uniformità delle soluzioni rappresentano un obiettivo in grado di incrementare la certezza giuridica in un mercato fortemente globalizzato<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Scettico sugli asseriti vantaggi di un'armonizzazione massima nel settore consumeristico al fine di promuovere il commercio transfrontaliero o di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori (in quanto non è consentito a ciascun ordinamento di innalzare tale livello), è PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, v. 135, n. 5, 2012, 177, specie 179, il quale ritiene che le ragioni che possono dissuadere i consumatori dal compiere operazioni transfrontaliere non siano riducibili alla mera ignoranza delle regole giuridiche, rilevando a tal proposito anche fattori legati alle differenze linguistiche, alla distanza, alla tassazione, etc., mentre la variabilità delle condizioni di mercato, che incidono sulle imprese, non dipendono solo dal quadro giuridico. Sulle implicazioni dell'armonizzazione massima, cfr. anche SMITS, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *Eur. Rev.Priv. Law*, vol. 18, 2010, 5, 9, secondo il quale, in un quadro di armonizzazione giuridica, il livello di tutela consumeristica da assicurare compete ad una valutazione politica dei singoli ordinamenti. In argomento, v. FAURE, *Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?*, in *Maastricht journ. eur. comparative law*, 15(4), 2008, 433 ss. Ravvede, nell'approccio di armonizzazione massima, anche un problema di legittimazione democratica, in quanto implicante un trasferimento completo di competenze legislative all'UE, potenzialmente incompatibile con i principi di sussidiarietà e proporzionalità che devono guidare l'azione europea, RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, cit., 758, e FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 481 (nt. 12).

<sup>19</sup> Le interconnessioni fra disciplina del commercio elettronico e diritti dei consumatori sono state ampiamente trattate in letteratura; sia consentito limitare il rinvio, *ex pluribus*, a BRAVO, *Commercio elettronico*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 253 ss.; ID., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013; ID., *I contratti a distanza e il mercato digitale*, in ALPA - CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, 367 ss.; DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002. Sugli effetti della rivoluzione digitale sul mercato e sui “modelli contrattuali”, cfr. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, 4, 870 ss.; QUARTA - SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020; PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali*, Torino, 2019.

E, tuttavia, proprio la necessità di un costante aggiornamento delle soluzioni reclama una capacità di adattamento ai rapidi sviluppi tecnologici e, quindi, strumenti connotati da maggiore flessibilità a livello di legislazione nazionale. Non è un caso che la via dell'armonizzazione massima, che il legislatore comunitario sembrava avesse (quasi sistematicamente) intrapreso a partire dalla direttiva “sui diritti dei consumatori”, abbia incontrato un arresto in più recenti interventi legislativi europei. Valga solo accennare alla Direttiva *Omnibus* (direttiva UE 2019/2161), che, proprio per far fronte alle nuove sfide del mondo digitale, è intervenuta ad ampliare gli obblighi informativi gravanti sul professionista e ad introdurre nuove tipologie di pratiche commerciali sleali, alla luce delle prassi più diffuse nei mercati, senza, però, inserire una disposizione normativa generale sulla tecnica di armonizzazione utilizzata, che, alla luce dell'economia complessiva della disciplina normativa, parrebbe “degradata” ad armonizzazione minima<sup>20</sup>.

### 3. Notazioni su legittimazione ad agire e vicenda circulatoria del credito (*rectius* dello statuto disciplinare protettivo del consumatore)

Se la disamina della pronuncia in commento si arrestasse alle osservazioni poc'anzi rassegnate, risulterebbe pretermesso un aspetto della vertenza che, pur rimanendo sullo sfondo del *decisum*, riveste un'importanza teorica e applicativa di non poco momento.

Abbiamo più addietro accennato al mancato accoglimento da parte della Corte di Giustizia dell'eccezione, sollevata dalla società “cessionaria” appellata, volta a contestare la mancata legittimazione, in capo ai locatori, ad impugnare il contratto *b2c* per l'inosservanza dell'obbligo informativo sul pagamento.

Eccezione respinta sulla base di due deduzioni.

<sup>20</sup> La c.d. Direttiva Omnibus si inserisce nell'ampio processo di rinnovamento della normativa consumeristica innescato, per rispondere in maniera più efficace alle sfide dell'economia digitale, dalla strategia per un mercato unico digitale (Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final), e dal *New Deal for Consumers* (Commissione europea, *Un “New Deal” per i consumatori*, 11 aprile 2018, COM(2018) 183 final). Con specifico riguardo alla Direttiva Omnibus, si rinvia a VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella “direttiva Omnibus”*, in *Pers. merc.*, 2021, 3, 583 ss., il quale osserva come, nella disciplina in parola, sussistano più varianti di livelli di armonizzazione, che talora non precludono all'introduzione di discipline nazionali *in melius*, mentre, in altri casi, ammetterebbero perfino l'abbassamento degli standard di tutela, nella logica di consentire agli ordinamenti nazionali l'adozione o il mantenimento di misure supplementari in grado di rispondere ai rapidi sviluppi tecnologici (pp. 585-586). Per una riflessione su alcune criticità della contrattazione nel mercato digitale e sui meccanismi di tutela, cfr., *ex pluribus*, GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 701 ss.; SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la direttiva UE 2019/2161 (c.d. omnibus)*, in V. FALCE, *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, Torino, 2019; per una più generale panoramica sulle interazioni fra tecnologie digitali e diritto dei contratti, GRUNDMANN - HACKER, *The Digital Dimension as a Challenge to European Contract Law – The Architecture*, in GRUNDMANN (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge, 2018, 3 ss.

La prima riguardante il riconoscimento della legittimazione del terzo a contestare la nullità del contratto, secondo il diritto derivato tedesco<sup>21</sup>. La seconda concernente l'attribuzione di una facoltà, spettante all'originario consumatore, di sottrarsi agli effetti ablativi della nullità, tramite convalida del contratto, e comunque fatta salva la possibilità di ricorrere alla stipula di un nuovo contratto con il professionista.

Più precisamente, si legge nella sentenza scrutinata che non è pregiudicata

*“la possibilità che il consumatore, dopo aver ottenuto un'ulteriore informazione sull'obbligo di pagamento, possa decidere di mantenere gli effetti di un contratto o di un ordine che, fino a quel momento, non lo vincolava a causa dell'inosservanza, da parte del professionista, all'atto della sua conclusione, dell'obbligo ad esso incombente previsto all'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2011/83”.*

Senonché le argomentazioni rassegnate si espongono a più di un rilievo critico.

La questione involge ancora una volta la qualificazione giuridica del rimedio della “non vincolatività” unilaterale del contratto o dell'ordine.

È plausibile che l'atecnicismo di tale formula risponda ad una precisa scelta legislativa: la volontà di affidare agli Stati membri il compito di inquadrare tipologicamente il rimedio, analogamente a quanto si è verificato con la disciplina delle clausole vessatorie (art. 6, dir. n. 93/13/CEE). A dispetto di tale intenzione, tuttavia, sovente il diritto derivato si è limitato a riprodurre pedissequamente il contenuto del precetto comunitario (così l'art. 51, 2 c., cod. cons. italiano, ove ancora il riferimento al difetto di vincolatività), senza contribuire, in tal modo, a risolvere le incertezze che l'interprete è chiamato ad affrontare nel cercare di riportare ad una razionalizzazione sistematica il dato normativo<sup>22</sup>.

Atteso che, nel caso di specie, è stata invocata dai locatori, sulla base dell'art. 312j, par. 4, BGB, la nullità e che il chiaro tenore letterale dell'art. 8, par. 2., c. 2, della direttiva n. 2011/83 limita l'effetto della mancata vincolatività del contratto alla sola sfera giuridica del consumatore, è fondato ritenere che, nel caso di specie, ricorra una forma di nullità di protezione.

Se così è, è gioca forza interrogarsi sul fondamento dell'attribuzione ai locatori di una legittimazione ad azionare la “invalidità” del contratto concluso fra il conduttore e la società gestrice dell'affare e chiedersi se tale prerogativa possa essere esercitata perfino in funzione dell'esclusione di un effetto giuridico vantaggioso per il conduttore-consu-

<sup>21</sup> L'art. 312j, par. 4, BGB prevede che i contratti conclusi con mezzi elettronici con obbligo di pagamento “si perfezionano solo se il professionista soddisfa l'obbligo ad esso incombente ai sensi del paragrafo 3”; soluzione reputata da parte della dottrina tedesca non in linea con la direttiva europea: cfr. WENDEHORST, *Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 67, 9, 2014, 577 ss., specie 580.

<sup>22</sup> In termini critici, GRANELLI, “Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del codice del consumo, in *Contratti*, 2015, 63, e FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 495.

matore (in capo al quale, presumibilmente nel caso di specie, può permanere un interesse specifico a dare esecuzione al contratto di cessione).

Per economia espositiva, in questa sede non si potrà articolare una riflessione più approfondita sulla caratteristica che giustifica la qualificazione dell'invalidità in termini di "specialità", alternativamente ricondotta, nell'annoso e vivace dibattito interpretativo sorto sul tema, alla legittimazione a farla valere, che spetterebbe solo alla categoria protetta, o al vantaggio, per il solo consumatore, che il rimedio dovrebbe assicurare<sup>23</sup>.

Dall'apparato argomentativo che sorregge la pronuncia in rassegna, mentre è senz'altro enucleabile una presa di posizione a favore di una nullità a legittimazione assoluta, rimane più equivoco il convincimento dei giudici in relazione all'effetto solo parziale del rimedio, con un'operatività, cioè, orientata unilateralmente in favore del consumatore.

Sotto questo profilo, anche ad ammettere – come si sostiene – che il diritto nazionale tedesco legittimi un soggetto diverso rispetto a quello destinatario dei benefici del rimedio demolitorio a farlo valere in giudizio, consentire l'esercizio dell'azione perfino contro l'interesse del consumatore, equivarrebbe a pretermettere quest'ultimo dall'orbita della tutela consumeristica. In assenza di un siffatto limite, infatti, l'operatività del rimedio non soltanto si sottrarrebbe ad una previa valutazione di convenienza da parte del consumatore, ma esporrebbe la categoria "da proteggere" ad un utilizzo abusivo dell'impugnativa negoziale da parte dei terzi, che esorbita dalla *ratio* dell'enunciato normativo.

Non si ignora certamente la più recente tendenza della giurisprudenza delle corti europee e nazionali ad estendere la rilevabilità officiosa delle nullità di protezione, visto il progressivo riconoscimento di aspetti della tutela che trascendono quelli del singolo, per orientarsi ad assicurare il corretto funzionamento del mercato o in un'ottica quasi "paternalistica", che guarda all'interesse del consumatore anche "contro" o a dispetto della sua volontà singola<sup>24</sup>. Si è correttamente osservato come la produzione di una legislazione europea incentivante la realizzazione di un mercato unico europeo e la sua efficienza, in

<sup>23</sup> Costruisce sulla legittimazione relativa il *proprium* della nullità di protezione, PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995; diversamente, ritengono che il carattere protettivo comporti una parzialità, e non anche necessariamente una riserva di legittimità, GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 3, 403 ss.; ID., *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I Contratti*, 2003, 2, 205; QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e impr.*, 2001, 3, 1143 ss.; POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, 55 ss.

<sup>24</sup> La questione tocca inevitabilmente anche l'annosa questione dei limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, che, pur in presenza di opinioni contrastanti, parte della dottrina ritiene possa essere concepita come il *proprium* delle nullità di protezione, in forza di un'applicazione analogica dell'art. 36, 3 comma, cod. cons.; di questo avviso, fra gli altri, D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 12 ss.; in tema di rilevabilità *ope legis* e sui parametri su cui si fondano i *dicta* giurisprudenziali, cfr. anche PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in ID. (a cura di), *Le forme della nullità*, cit., 27. Sui compositi interessi sottesi alle nullità di protezione e sulle interferenze fra logica pubblica e privata, cfr., *ex pluribus*, POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., 9 ss.

relazione ad operazioni economiche seriali che coinvolgono una determinata categoria di operatori con una propria identità socioeconomica, metta talora in secondo piano la necessità di collegare rimedi e loro azionabilità alla verifica del pregiudizio individuale<sup>25</sup>. In altre parole, l'interesse seriale della categoria, connesso nel diritto europeo ad un interesse generale al funzionamento del mercato, prevarrebbe su quello del singolo<sup>26</sup>.

In effetti, tale chiave di lettura avvalorerebbe l'attribuzione di una legittimazione a far valere la nullità financo in capo ai terzi (qualificati, come nel caso di specie, dalla titolarità di un rapporto giuridico connesso con quello dedotto in giudizio), in quanto la tutela del singolo "contraente debole" non esaurirebbe, in astratto, la *ratio* dell'invalidità. Dedurne, tuttavia, che il rimedio possa essere esercitato per assicurare al terzo un vantaggio personale o processuale, senza preservare il consumatore da un possibile pregiudizio che ne potrebbe scaturire, introduce un forte elemento derogatorio al regime protettivo consumeristico e pone indubbiamente problemi di effettività della tutela giuridica.

Ora, articolando il ragionamento con maggiore attenzione alla fattispecie concreta posta al vaglio della Corte, autorevole dottrina ha messo in risalto come lo statuto normativo della nullità di protezione debba essere definito alla luce della vicenda circolatoria del credito che interessa, a monte della vertenza giudiziaria, il contratto *b2c*<sup>27</sup>.

In altri termini, occorre verificare se, con la successione nella situazione giuridica soggettiva derivante dalla cessione di un diritto di credito, possa ritenersi trasferito automaticamente anche lo statuto consumeristico afferente al diritto ceduto.

Ebbene – se la premessa è che il contratto *de quo* realizzi un trasferimento del diritto di credito – è evidente che i locatori che intendono avvalersi della nullità del contratto *b2c* siano soggetti estranei alla vicenda circolatoria e che, quindi, sotto tale profilo, non potrebbero avvalersi dei diritti e delle tutele che competono al consumatore neppure co-

<sup>25</sup> GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., 201; per una lettura delle nullità di protezione in chiave di regolazione del mercato, in alcuni recenti riferimenti giurisprudenziali, cfr. RABITTI, *Autonomia privata e regole di conformazione del mercato*, in *Accademia*, 2023, 3, 909 ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 201, 204. Porre rimedio a fenomeni seriali, come le asimmetrie informative, che si riflettono sul piano tanto individuale che collettivo, vuol dire agire anche nella logica di assicurare il corretto funzionamento del mercato; in argomento, cfr. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. e dir.*, 2001, 275.

<sup>27</sup> Il riferimento è a PAGLIANTINI, *La circolazione dello statuto consumeristico: esperimenti in un terra incognita*, cit., 1069 ss., e Id., *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021, 50 ss. In argomento cfr. anche CONFORTINI, *Cessione del credito e nullità di protezione (sulla circolazione degli statuti asimmetrici)*, in *Jus civile*, 2022, 4, 1046 ss., con particolare riguardo al caso *Ryanair vs Delayfix* (C-519/19), in cui la Corte di Giustizia, confermando un principio già affermato nel precedente caso *Lexitor* (C-383/18), statuisce che, in caso di cessione del credito da parte del consumatore, il professionista cessionario è legittimato a contestare in giudizio la vessatorietà di una clausola abusiva, in quanto la tutela dello *status* consumeristico è attribuita avendo riguardo al rapporto originario e non alle parti della controversia giudiziaria.

me suoi aventi causa nella cessione del diritto. La prospettiva muta se si ha riguardo alla posizione del “cessionario” del diritto, il quale potrebbe essere astrattamente legittimato ed interessato ad opporre le eccezioni connesse allo *status* del suo avente causa (consumatore-conduttore) ai locatori convenuti.

Secondo la dottrina poc'anzi citata, se, al fine di perimetrare i poteri spettanti al “cessionario” in relazione alle tutele negoziali consumeristiche, si guarda alla natura dell'eccezione sollevata, alla stregua delle regole di diritto comune applicabili in via subsidiaria, si dovrebbe concludere che: nel caso in cui l'eccezione sia considerata inerente al credito, la mutata titolarità non potrà pregiudicare la possibilità di farla valere; ove, invece, la si ritenga *personale* e, quindi, inscindibilmente connessa alla qualità soggettiva del titolare (o meglio della categoria di cui egli fa parte), le ragioni di tutela verranno meno per effetto del trasferimento del credito ad un cessionario professionista<sup>28</sup>. Accedendo a quest'ultimo indirizzo interpretativo, si ammetterebbe, però, una variazione delle regole che governano il rapporto, a seconda che il credito sia o meno ceduto e dello *status* dell'avente causa, con la duplice conseguenza di penalizzare il consumatore, che vedrebbe degradate le sue tutele per aver deciso di avvalersi del supporto di un professionista per il recupero di un credito, ma anche di disincentivare l'acquisto del credito o l'accettazione dell'incarico da parte dello stesso professionista, atteso che il depotenziamento delle sue prerogative processuali potrebbe rendere l'accordo sconveniente, tanto più in presenza di una remunerazione condizionata al buon esito dell'azione di recupero.

La sentenza in rassegna tralascia di affrontare la problematica, forse – ma il punto non è sviluppato – sul presupposto che il contratto *b2c* scrutinato sia riconducibile alla fattispecie del mandato oneroso all'incasso, più che ad una cessione del credito con effetto traslativo del diritto<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> L'argomento è ampiamente sviluppato da PAGLIANTINI, *La circolazione dello statuto consumeristico: esperimenti in un terra incognita*, cit., *passim*, e ID., *Il consumatore “frastagliato”*, cit., 56-57, il quale propende per ritenere che l'applicazione dello statuto consumeristico dipenda dalla qualità delle parti del rapporto originario, pur non ignorando come, secondo un indirizzo interpretativo più risalente, la nullità di protezione sia equiparabile ad una forma di annullabilità la quale, analogamente alla rescissione, sarebbe strettamente correlata al pregiudizio subito dall'originario titolare del diritto, di guisa che, diversamente dalla nullità, la relativa eccezione non potrebbe essere ceduta unitamente al titolo; così PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1982, 152. Una parte della riflessione dottrinale ritiene che le azioni ed eccezioni trasmissibili al cessionario, quali accessori del credito ceduto ex art. 1263, 1 c., c.c., siano esclusivamente quelle dirette alla conservazione e alla realizzazione del credito, e non anche quelle che incidono sul rapporto da cui deriva il credito ceduto; per una recente ricostruzione della problematica e del dibattito dottrinale, si rinvia a WERTHER Romagno, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 2024, 175 ss.

<sup>29</sup> L'attribuzione di un effetto traslativo del credito risulta, infatti, estranea allo schema legislativamente previsto per il mandato, anche nell'ipotesi in cui sia in *rem propriam*; sul punto, cfr. Cass., 26 marzo 2003, n. 19054, secondo la quale la prospettiva che il mandatario, dopo aver riscosso il credito per conto del consumatore (in virtù di una procura rilasciata *ad hoc*), possa trattenerne

Alla luce di tali assunti, si giustificerebbe il mantenimento in capo al consumatore (e quindi all'originario e unico beneficiario del regime protettivo) di un diritto di "convalida" o della facoltà di rinnovo del contratto non vincolante, ai quali fanno riferimento i giudici comunitari<sup>30</sup>. Si delinea così una soluzione interpretativa che parrebbe mantenere una certa coerenza con il sistema consumeristico a tutela riservata, anche in assenza del riconoscimento di una corrispondenza biunivoca fra regime protettivo e legittimazione ad agire<sup>31</sup>. Permangono, tuttavia, dei nodi irrisolti sulla verificabilità in concreto della volontà di convalidare il contratto<sup>32</sup>.

Con particolare riguardo a tale aspetto, se si assume che la convalida consista nel potere di rinuncia a far valere la nullità del contratto, mediante dichiarazione espressa del consumatore, non è chiaro se, nell'economia complessiva della pronuncia, un siffatto assunto implichi che – secondo il meccanismo ideato per il rilievo officioso della nullità protettiva –, una volta sollevata l'eccezione di nullità del contratto *b2c* dai locatori e terzi, si debba procedere all'interpello del consumatore nell'ambito della dinamica processuale, sì da verificare, in contraddittorio fra tutte le parti, il suo concreto interesse a profittare della non vincolatività prevista dalla norma<sup>33</sup>.

---

parte del ricavato opera per effetto di un meccanismo di compensazione, sottostante e collegato al mandato, che non assume una portata traslativa del credito che ne rappresenta l'oggetto.

<sup>30</sup> Si noti come il dogma della non convalidità del negozio nullo sia stato, da tempo, rivalutato da alcuni indirizzi dottrinali: cfr. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, specie 180, e Id., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, 93; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, 174 ss.; *contra*, PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., 189 ss., che ritiene la nullità protettiva insanabile ed irrinunciabile; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in GENTILI (a cura di), *I rimedi*, in *Roppo* (diretto da), *Tratt. Contratto*, Milano, 2006, 138.

<sup>31</sup> Sul piano della complessiva ricostruzione "dogmatica" della tecnica protettiva, si prefigura un rimedio "ibrido", ove i confini fra nullità e annullabilità diventano incerti; del resto, la differenza fra tali categorie di invalidità non risponde più, secondo parte della dottrina, ad una dicotomica distinzione sul piano del regime disciplinare: si veda, fra gli altri, SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, 201 ss. (specie 213).

<sup>32</sup> Detta verifica sembrerebbe che possa essere più facilmente svolta nel caso della nullità rilevata *ex officio* (e non dai terzi), alla stregua del disposto normativo di cui all'art. 101, 2 c., c.p.c., che impone, al giudice, che intenda porre a fondamento della propria decisione una questione che ha rilevato *ex officio*, di assegnare alle parti termine per il deposito di memorie, in cui la dichiarazione di convalida potrà essere resa. Sul punto, cfr. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la corte di giustizia: ultimo atto?*, in *Pers. merc.*, 1, 2010, 32.

<sup>33</sup> Il riconoscimento della legittimazione ad agire del terzo dovrebbe indurre a ritenere inevitabilmente preclusa una forma di convalida tacita, associata al consumatore che si astenga dal far valere la non vincolatività del contratto e che, al contrario, decida di dare corso alla sua esecuzione. Per quanto concerne la convalida espressa, è risaputo che l'orientamento sul potere del giudice nazionale, in presenza di clausole vessatorie *b2c*, di rilevare *ex officio* l'abusività, con il limite dell'opposizione del consumatore, che dovrà essere interpellato prima che si proceda alla disapplicazione della clausola, è stato inaugurato con le sentenze della Corte di Giustizia *Pannon GSM Zrt. c. E. S.*

Rispetto ad una soluzione così delineata – tesa a provocare una dichiarazione conforme alla valutazione individuale di convenienza – in ipotesi, potrebbe ostare una (diversa) ricostruzione giuridica della fattispecie negoziale in rassegna come traslativa del diritto di credito, che, in linea teorica, dovrebbe precludere l'esercizio del diritto in capo al consumatore cedente, atteso il suo trasferimento definitivo nella sfera giuridico-patrimoniale del cessionario.

Quanto alla modalità con la quale i giudici comunitari declinano l'esercizio del potere di convalida, resta equivoco il *dictum* della Corte, in base al quale, solo “*dopo aver ottenuto un'ulteriore informazione sull'obbligo di pagamento*” il consumatore può “*decidere di mantenere gli effetti di un contratto o di un ordine*” fino a quel momento non vincolante.

Sembrerebbe, infatti, che la convalida debba intervenire successivamente ad una previa “sanatoria” del procedimento negoziale, realizzabile (solo) mediante l'opportuna integrazione informativa. A stretto rigore, in base a tale ragionamento, la dichiarazione unilaterale (resa in un eventuale interpellato), con la quale il consumatore riconosca gli effetti onerosi del contratto e accetti espressamente l'obbligo di pagamento, non dovrebbe essere reputata idonea, di per sé, ad integrare efficacemente una convalida, in mancanza del rilascio di una specifica informazione sull'effetto oneroso del contratto. Sennonché, in una logica di piena adesione alla prospettiva neoformalistica, l'obbligo informativo presuppone necessariamente la cooperazione del professionista tenuto ad adempierlo nelle forme, conformative dell'obbligo, prescritte *ope legis*.

Resta fondatamente il dubbio che una siffatta conclusione sia coerente con l'interesse finale protetto dall'art. 8, par. 2, 2 c., della direttiva europea. Al fine di rimuovere l'effetto paralizzante delle tutele consumeristiche, al quale una rigida interpretazione del *dictum* giurisprudenziale condurrebbe, anche in conseguenza della riconosciuta

---

*Györfi* (C-243/08) e *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Rodriguez Nogueira* (C-40/08), che si pongono sostanzialmente in linea con alcuni noti precedenti in tema di rilevabilità *ope iudicis* del rimedio protettivo: cfr. *Océano Grupo Editorial* (cause riunite C-240/98 e C-244/98), *Cofidis* (C-473/00), *Ynos Kft* (C-302/04), *Rampion* (C-429/05), *Mostaza Claro* (C-168/05). Per una compiuta analisi del problema e della giurisprudenza richiamata, cfr. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, cit., 27 ss., 31 ss.; ID., *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la corte di giustizia: ultimo atto?*, in *Pers. merc.*, 2010, 1, 26 ss.; MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, 1115 ss.; RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 73 ss., 122 ss. È noto come, sulla scia delle sentenze della Grande Sezione, Corte giust., 17 maggio 2022 (cause C-600/19, C-725/19, C-869/19, C-693/19 e C-831/19, in *www.curia.eu*), nel formante giurisprudenziale italiano si sia, più di recente, posto il problema del rilievo officioso della nullità di protezione di clausole abusive nell'ambito del procedimento monitorio, a fronte della mancata opposizione del decreto ingiuntivo da parte del consumatore (vd., Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.* 2023, I, 1452 ss., con note di FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, *ivi*, 1474 ss.; PARDOLESI - SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, *ivi*, 1486 ss.; PAGLIANTINI, «*Ce n'est qu'un début*»: spigolature civilistiche sul decalogo europeista di sez. un. 9479/23, *ivi*, 1491 ss).

nullità a legittimazione assoluta, si renderebbe quanto meno necessario abbandonare i rigori formalistici dell'informativa precontrattuale. Prevarrebbe così – quale contraltare ad una lettura della disposizione altrimenti ablativa del carattere unilaterale del rimedio protettivo – una prospettiva *funzionale*, più che *strutturale* del requisito di forma: ciò che preme, in un logica conservativa degli effetti vantaggiosi per il consumatore, è che questi sia messo nella condizione di confermare di avere assunto una decisione pienamente consapevole ed informata, senza che gli possa essere opposto il difetto formale quale elemento strutturale dell'atto informativo (anche in sede di convalida)<sup>34</sup>.

#### ABSTRACT:

La Corte di giustizia UE, 30 maggio 2024, C-400/22, ha statuito che l'art. 8, 2 par., 2 c. della direttiva 2011/83/UE concernente l'obbligo gravante sul professionista, nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici, di informare il consumatore sull'obbligo di pagamento derivante dal contratto si applichi anche in caso di pagamento condizionato. L'articolo si interroga sulla soluzione interpretativa offerta dai giudici comunitari, alla luce dell'obiettivo di garantire un elevato livello di tutela del consumatore e dello statuto disciplinare del rimedio protettivo del consumatore.

*The EU Court of Justice, in its judgment of 30 May 2024, Case C-400/22, ruled that Article 8(2), second subparagraph, of Directive 2011/83/EU, concerning the obligation of the trader, with respect to distance contracts concluded by electronic means, to inform the consumer that the contract implies an obligation to pay, also applies in cases of conditional payment. This article examines the interpretative solution offered by the EU judges in light of the objective of ensuring a high level of consumer protection and according to the regulatory framework of the consumer's protective remedy.*

---

<sup>34</sup> È evidente che, ai fini della concreta operatività del meccanismo della convalida, l'obbligo informativo sul pagamento, che in teoria si dovrebbe collocare nell'imminenza dell'inoltro dell'ordine, debba adattarsi alla circostanza che non si potrà retroagire alla fase precontrattuale, e, quindi, se effettivamente è richiesto il suo adempimento, quest'ultimo non potrà che avvenire *ex post*, nell'ambito della vicenda processuale, senza la necessità che siano rispettate le formalità standardizzate previste dall'art. 8; diversamente, la convalida sarebbe difficilmente praticabile sul piano operativo e la facoltà concessa al consumatore sostanzialmente si esaurirebbe nella sola rinnovazione del contratto (con inevitabile perdita del diritto al compenso da parte del professionista).





### Riflettendo sulle ‘Immagini del rapporto obbligatorio’ di Francesco Gambino\*



Pasquale D’Ascola

Primo Presidente aggiunto della Corte di Cassazione

Per presentare un’opera giuridica complessa, profonda, pensosa, un’opera della maturità di uno studioso tra i più attenti della civilistica italiana, occorre scegliersi un accompagnatore che faccia da raggio di illuminazione del percorso.

Per questo lavoro l’ho trovato nel breve ma succoso intervento pronunciato nel dicembre scorso da Alessio Zaccaria nella sua amata Ferrara in ricordo di Giorgio Cian<sup>1</sup>.

Scriva Zaccaria che nelle *Note introduttive* inserite nella seconda edizione del Commentario breve al codice civile, quella del 1984, si può rinvenire lo scheletro di quel *Manuale di diritto delle obbligazioni* che il suo maestro non pubblicò mai.

Annota cinque punti:

- a) la fondamentale distinzione tra rapporto obbligatorio in senso stretto (diritto di credito a una determinata prestazione) e rapporto obbligatorio in senso ampio (complesso delle posizioni giuridiche che scaturiscono da un determinato vincolo);
- b) art. 1173 ed elencazione delle fonti delle obbligazioni;
- c) art. 1175 e portata del principio etico giuridico di buona fede quale arricchimento del rapporto obbligatorio in relazione agli obblighi principali e agli obblighi collaterali (di protezione, cooperazione, informazione);
- d) art. 1337 sulla natura contrattuale degli obblighi precontrattuali;
- e) art. 1141 e caratteri della figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi;

\*\*\*

Rintracciamo questi snodi fondamentali nel trattato sul rapporto obbligatorio che oggi presentiamo.

---

\* Introduzione al Seminario di studio, tenuto presso la Corte di cassazione, *Le immagini del rapporto obbligatorio* - Roma, 25 settembre 2024 col patrocinio dell’Associazione Civilisti Italiani.

<sup>1</sup> ZACCARIA, “1985” *Il mistero del manuale delle obbligazioni di Giorgio Cian*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 527.

Saliamo a ritroso, senza ordine numerico: non potendo, pena una noiosa e malriuscita imitazione dello scritto, ripeterne puntualmente i passaggi, facciamoci sedurre dai colori delle parole.

Due volte ritrovo un'espressione significativa in esordio del pensiero: "non c'è frammento": ebbene poche righe dopo la nota 288, dedicata ai contratti con effetti di protezione verso i terzi, Gambino scrive testualmente che «si potrebbe affermare, con una immagine (*forse non a caso il prof. Scognamiglio ha scelto per titolo del seminario odierno la parola immagine*) che non c'è frammento nel flusso delle realtà che non possa essere attirato sotto le lenti dell'art. 1173».

Lo spunto gli giunge dalla categoria dei contratti di cui alla nota menzionata, categoria – riferisce – fondata sul principio costituzionale di solidarietà sociale mediato dalla clausola di buona fede. Meccanismo che consente di estendere gli obblighi di protezione, che sarebbero riservati solo al contraente, ai terzi che si trovano con un contraente in rapporto tale da essere esposti al medesimo rischio.

Superfluo è, nello spirito della trattazione, un aggiornamento delle esemplificazioni giurisprudenziali, cosicché Gambino non si avventura nel verificare gli esiti della pur da lui citata Cass. 11503 del 1993<sup>2</sup>, sul danno del medico rispetto alla procreazione (sfociata, mi vien da pensare in Cass. 14488 del 2004<sup>3</sup> est. Segreto) e anche sul contatto sociale (alludo alle ansie che si colgono in Cass. 29711/2020 e 3350 del 2024). Preme infatti all'autore carpire il senso della formula legislativa e quindi la relazione tra l'art. 1173 e il 12 preleggi. Di qui perviene a constatare la distinzione tra fonte materiale e fonte formale e poi alla rilevanza dei principi costituzionali e alle direzioni cui ci avvia la filosofia dei valori.

In sintesi ricorda (nota 309) che il triplice indirizzo di quest'ultima è catalogato da Irti rinvenendo in Perlingieri il positivismo costituzionale, in Mengoni il meta positivismo, in Lipari il positivismo o empirismo sociologico. E l'autore non si sottrae, con la lunga nota 311, alle obiezioni rivolte in dottrina alla prima edizione del volume; gli interessa che al lettore, magari il magistrato che studia o che sta affrontando un caso delicato, sia chiaro il metodo interpretativo, la logica pensante, non l'esempio pedissequo.

Spiega quindi i due indirizzi più noti: la concezione normativa e formalista e la visione – che egli definisce in senso lato soggettiva – che scioglie l'ordinamento dalle norme. Rimanda all'attualità della polemica tra Kelsen ed Erlich e di lì avanza per farci capire come la fonte dell'obbligazione è il risultato dell'attività dell'interprete.

Così si è detto anche del punto b).

\*\*\*

Ma eravamo partiti dal suadente *refrain* "non c'è frammento".

Lo ritroviamo a pagina 249 dove nella sezione sul declino della fonte – e vengo al punto c) – si discute della portata di 1175 e 1375 c.c. e si annuncia appunto che non vi è

<sup>2</sup> Sentenza n. 11503 del 22/11/1993, in *Il Foro Italiano*, 1994, 09, I, c. 2479.

<sup>3</sup> Sentenza n. 14488 del 29/07/2004, in *Giur. It.*, 2005, 06, 1147.

frammento del rapporto di obbligazione, nel costituirsi attuarsi estinguersi, che sfugga all'efficacia pervasiva della buona fede e correttezza. Di qui le acute precisazioni sulla distinzione tra buona fede e diligenza, la percezione della complessità del concetto di prestazione e l'individuazione della nozione di programma quale nozione "più adeguata a esprimere" il fenomeno, a far comprendere che essa segna il passaggio dall'art. 1218 agli artt. 1175 e 1375 c.c, alla dilatazione del comportamento complessivamente dovuto.

Gambino rende omaggio al primo Falzea che introdusse il concetto di programma e lo fece maturare nella scuola messinese (pag. 252) e ci spiega il senso specifico del termine. Con esso, sostiene, si allude alla negazione della nozione astratta di rapporto, si coglie quella tensione al presente che deve connotare attuazione e programma visti nel concreto agire delle parti e dunque si annacqua – scrive il nostro Autore – il nesso tra fonte ed effetto in un contesto – il campo di azione della buona fede – che è quello dei comportamenti singolari delle parti in «ragione delle circostanze del caso».

Il lettore troverà poi soddisfazione intellettuale nell'ordinata ricostruzione della funzione della clausola generale di buona fede e sulle due funzioni – correttiva e integrativa – fino alle conclusioni, quasi dei principi di diritto, poste in corsivo a fine pag. 263.

\*\*\*

Riprendiamo la pista emiliano-romagnola. Sulla natura degli obblighi precontrattuali si sofferma il capitolo secondo che, dopo aver posto i termini dei due indirizzi, quello del contratto e quello dell'illecito, che si contendono il titolo della responsabilità precontrattuale, pone sincera attenzione agli sviluppi giurisprudenziali, portando subito in evidenza la sentenza est. Valitutti n. 14188 del 2016<sup>4</sup> (annotata tra gli altri da Scognamiglio, Di Majo, Piraino e che giustamente viene riconnessa alla successiva n. 8236 del 2020<sup>5</sup> est. Cosentino, fondamentale per i rapporti con la giurisdizione amministrativa), sentenza 14188 che ha parlato di responsabilità prossima a quella contrattuale.

Gambino ha cura di riprendere con Galgano la forza dell'avverbio direttamente che nella sentenza n. 5577 del 1985 (La Torre - Pontradolfi) delinea l'obbligo preesistente tra le parti benché posto non da contratto, ma appunto "direttamente" dalla legge. E mi piace riferirvi che la catena di richiami che nella banca dati curata dall'Ufficio del Massimario promana da questa sentenza arriva, circostanza inconsueta, fino a parecchie sentenze del 2024. Qui nella violazione di legge di cui parla la 5577 l'interprete vede, secondo Gambino, la fonte dell'obbligazione rintracciabile nei presupposti indicati dal 1337.

\*\*\*

Ecco poi la breve e avvincente descrizione del trasformarsi della libera iniziativa individuale tesa all'interesse egoistico in oneri di diligenza, non più nel proprio esclusivo interesse ma anche a tutela dell'interesse altrui. E qui si schiude un altro passaggio che

<sup>4</sup> Sentenza 14188, del 12/07/2016, in *Il Foro Italiano*, 2016, 9, 1, 2695.

<sup>5</sup> Sentenza 08236 del 28/04/2020, in *Giur. It.*, 2021, 6, 1349.

mi ha interessato, quello svolto nelle note 176 e 177 – quest'ultima di tre fitte pagine – in risposta a Fabrizio Piraino, dove si affronta il tema del rapporto di questi obblighi con la conservazione della garanzia patrimoniale. In queste pagine mi permetto di rilevare la significativa considerazione attribuita alla giurisprudenza di merito, vero alimento del conflitto dottrinale, il quale, per attingere la prova di veridicità, deve misurarsi con lo svolgersi concreto delle contese, come si fa, al momento giusto e quando è indispensabile, in questo trattato delle obbligazioni.

Non tratto il punto primo del percorso indicato inizialmente, cioè la distinzione tra rapporto obbligatorio in senso stretto (diritto di credito a una determinata prestazione) e rapporto obbligatorio in senso ampio (complesso delle posizioni giuridiche che scaturiscono da un determinato vincolo). Ho il sospetto – che cela insieme un auspicio e una curiosità di pratico – che la risposta ci verrà dalle tante immagini che i successivi relatori staglieranno nell'ideale schermo di questo pomeriggio di studi, a guisa di membra che nella moderna realtà virtuale colmano lo scheletro dettato in principio e lo fanno diventare corpo vivente.



## In dialogo con Francesco Gambino sulle obbligazioni\*



Andrea Nicolussi

Prof. ord. dell'Università Cattolica di Milano

**SOMMARIO:** 1. *Effatà*: il dialogo scientifico come metodo. – 2. Il *novum* delle fonti di obbligazione e della stessa obbligazione. – 3. La prospettiva storia. – 4. La tensione politica nel riferimento alla legge delle codificazioni ottocentesche. – 5. Profili sistematici. Il principio bipolare nella sistematica delle fonti di obbligazione. – 6. Alcune differenze di disciplina talora offuscate. – 7. Obbligazioni autonome di protezione come struttura semplice di responsabilità.

### 1. *Effatà*: il dialogo scientifico come metodo

Scrive Tullio Ascarelli che «*la rinuncia allo studio comparativo induce ad assumere come eterne e naturali caratteristiche invece storiche e transeunti e perciò conduce ad una rinuncia a quel rinnovamento che è legge di vita, ad una rinuncia all'esperienza altrui, chiudendosi in una specie di provincialismo intellettuale che mette facilmente capo ad un bizantinismo auto-soddisfatto*». La comparazione giuridica non è che una declinazione dell'idea più generale del confronto e del dialogo intellettuale che non dovrebbe avere confini, ma solo vincoli metodologici. E così, nella medesima prospettiva, lo sviluppo del diritto (la *Rechtsfortbildung*) è il prodotto di un fertile scambio culturale tra giuristi nell'ambito di quella dimensione scientifica che chiamiamo dottrina e, in pari tempo, è il frutto di un dialogo serio e vicendevolmente rispettoso tra dottrina e giurisprudenza. Ora, è in questa chiave dialogica che ho letto la seconda edizione de *Il rapporto obbligatorio* di Francesco Gambino nel quale l'autore ha senz'altro rivolto uno sforzo ammirevole nell'entrare in

---

\* Relazione presentata al Seminario di studio, tenuto presso la Corte di cassazione, *Le immagini del rapporto obbligatorio* - Roma, 25 settembre 2024 col patrocinio dell'Associazione Civilisti Italiani.

dialogo con coloro che si sono occupati del tema, oltre che con gli apporti giurisprudenziali.

Francesco Gambino, come capita in generale a chi si è formato in una scuola con connotati chiari e distinti, denota un certo *imprinting* metodologico. Tuttavia, soprattutto in questa seconda edizione non si può non rilevare una contaminazione tra lo stile e il metodo molto attento alla dimensione logica e linguistica e una nuova tensione ermeneutica. Sebbene talora egli descriva addirittura come un *inquinamento* del discorso giuridico il riferimento a idee extragiuridiche, ad esempio parlando di comportamento (p. 51), nel complesso prevale un'apertura che ne segna di fatto l'uscita dalla remora kelseniana. A scanso di equivoci, questa uscita non è da confondere con una scivolata metodologica; non si tratta di un cedimento a certe mode di debolezza concettuale, ma semmai di un guadagno di equilibrio e quindi un arricchimento del repertorio tecnico. Del resto, la scelta, rinnovata in questo libro, di dedicarsi alle obbligazioni, alla parte alpina del diritto civile, come fu detto (Henle), significa scegliere un terreno decisamente inadatto a una fuga dall'argomentazione giuridica, cioè dai vincoli insuperabili del discorso giuridico. Si pensi alla scorciatoia, da taluno propugnata, del rifiuto delle fattispecie, le quali invero delimitano il campo d'applicazione delle norme giuridiche, evitando inutili o ideologiche collisioni tra principi. La questione non è, insomma, quella di rinnegare l'autonomia del discorso giuridico. Del resto, autonomia non significa autarchia epistemologica né immobilismo, cioè forme di chiusura che farebbero perdere al diritto la presa su quella stessa realtà che il diritto pretende di regolare. Nemmeno la stessa tecnica della fattispecie può essere svolta in una maniera statica, la quale farebbe concepire in modo troppo meccanicistico la produzione degli effetti giuridici. Come dice bene Luca Nogler, l'interprete, che nel tempo in cui svolge il giudizio confronta l'enunciato generale e astratto della norma posta nel passato (allora) col caso da decidere (qui ed ora), deve sempre di nuovo reinterpretare quell'enunciato in modo da giudicare in funzione dell'unico tempo in cui vive: il presente con i suoi valori, le sue esigenze, i significati nuovi che le parole assumono.

Si tratta, in ultima analisi, dell'esigenza ermeneutica di misurarsi efficacemente con i problemi (le domande) della realtà, favorendo quel rinnovamento che è legge di vita, come dice Ascarelli, confermando altresì un ulteriore elemento metodologico: il rispetto di quel principio di (ricerca della) verità della forma giuridica che impone una corrispondenza tra forma e sostanza, in modo che le parole del diritto ne esprimano più compiutamente e coerentemente le ragioni.

## 2. Il *novum* delle fonti di obbligazione e della stessa obbligazione

In questa prospettiva, il libro mostra attenzione verso una novità molto significativa, ad un tempo ermeneutica e dogmatica, del discorso sulle obbligazioni, ossia l'affermarsi di quella sottospecie di obbligazione che è rappresentata dall'obbligazione autonoma di protezione (che la giurisprudenza denomina responsabilità da contatto sociale qualificato e che in dottrina fu denominata dal suo «scopritore», Carlo Castronovo, obbli-

gazione senza prestazione). È la forma giuridica con la quale il diritto contemporaneo ha inquadrato le relazioni da affidamento che l'intensificarsi dei rapporti socio-economici moltiplica, rendendo obsoleta la dicotomia di stampo volontaristico tra contratto e torto quali uniche fonti di obbligazioni. Gambino ne parla come di una «rilevante variazione di senso nel concetto di obbligazione», e condivisibilmente egli ne segue le due principali linee di osservazione, quella a monte, che concerne il tema delle fonti, e quella a valle, strutturale e sistematica.

Quanto alle fonti, egli procede proprio da un confronto tra fattispecie ed effetti giuridici dell'art. 1173 c.c.: «*La norma provvede a designare la parte dispositiva (l'effetto della obbligazione), lascia indeterminata, nell'inciso di chiusura, la parte ipotetica («ogni altro fatto idoneo» a produrre obbligazioni scilicet: in conformità con l'ordinamento giuridico); col risultato di enunciare l'effetto senza identificarne la causa. Poiché è in gioco il senso e l'utilità di una norma sulle fonti delle obbligazioni, è necessario chiarire il circolo logico che, raccolto nell'art. 1173 c.c., sembra compromettere il valore pratico e sistematico della suddivisione»* (p. 33-34).

In sintesi molto rapida, diciamo che Gambino coglie l'idoneità a produrre obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico su un versante che include fenomeni collocabili in «una zona intermedia tra la fonte come fattispecie normativa e la fonte come evento del reale. Come fattispecie normativa perché le clausole generali sono concetti, bensì elastici, ma pur sempre legislativi; come evento del reale perché sono concetti che si determinano con ciò che sta fuori delle norme giuridiche» (p. 81).

La citazione è tratta da una pagina nella quale si prende spunto dalle obbligazioni precontrattuali e più in generale da obbligazioni che sorgono sulla scorta della clausola generale della buona fede. L'autore reagisce a quella che viene colta come una semplificazione, se non addirittura «una formula subdola e antiquata, costruita sul rapporto tra volontà del singolo e autorità della legge».

Ora, non c'è dubbio che quando si fa riferimento a obbligazioni nascenti da un contatto sociale qualificato e che sono frutto, in una certa misura, della clausola della buona fede oggettiva si constata un fenomeno peculiare. Un fenomeno che implica, da un lato, almeno una progressività della tipicità delle fonti dell'obbligazione e, dall'altro, anche l'emersione di una sottospecie delle obbligazioni. Le obbligazioni autonome di protezione, infatti, sono obbligazioni senza prestazione, strutture relazionali di responsabilità che la medesima dimensione relazionale fa ricondurre all'alveo della responsabilità da inadempimento (o da violazione di obblighi).

Con tale concettualizzazione, viene a maturazione un processo storico che deriva dalla sopravvenuta insufficienza nella società contemporanea della bipartizione tra obbligazioni volontarie, assoggettate al principio del contratto, ed obbligazioni *ex lege*, principalmente ricondotte al delitto, ossia a una volontà rimproverabile. In mezzo, si scopre un territorio di relazioni improntate all'esigenza di tutelare gli affidamenti che legittimamente e oggettivamente esse creano, generando in tal modo occasioni specifiche di danno, onde la responsabilità che ne deriva sembra trovare la sua scaturigine nell'inadempimento di un'obbligazione di protezione sorgente propriamente dal fatto della relazione e della sua qualità, tali da imporre *ex fide bona* la condotta protettiva.

### 3. La prospettiva storia

Questa novità rispetto alla tradizionale tassonomia delle fonti di obbligazione può essere vista sullo sfondo di una prospettiva storica nella quale la stessa regola delle fonti di obbligazione ha mutato segno, da regola descrittiva di una normalità storicamente rilevata a regola prescrittiva correlata agli stessi nuovi assetti costituzionali o fonti del diritto.

Invero, in chiave storico-comparatistica, il fatto che dal diritto romano il tema delle fonti sia apparso più come una questione di ricognizione delle fonti esistenti, una *quaestio facti*, che una questione normativa, risulta dal confronto tra i due modelli ottocenteschi franco-italiano e germanico: mentre il codice dei francesi e quello italiano del 1865 presentano una norma sulle fonti delle obbligazioni, il *BGB*, al contrario, non ne presenta alcuna.

Sembrirebbe che mentre il *BGB*, dando in qualche modo retta a Savigny, abbia evitato di indulgere in una regola descrittiva, lasciandola quindi, almeno nelle sue linee generali, alla dottrina, nei codici franco-italiano si sia reso omaggio a una tradizione che risale fino a Gaio e che vale tanto con riguardo alla sua bipartizione (*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*) quanto, sempre che si possa considerare autenticamente sua, alla tripartizione [*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (nelle *Res cotidianae*)]. Una descrizione che, come è noto, viene ripresa da Giustiniano, il quale si limita a precisare le *variae causarum figurae* tramite le due categorie del quasi-contratto e del quasi-delitto.

Certo, tra Roma e Bisanzio, come si legge nella bella ricostruzione di Albertario, qualcosa si muove, perché, da un lato, viene meno la rigida distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium* con la conseguente «civilizzazione», come nuove fonti, delle soluzioni processuali in precedenza create, di volta in volta, dal pretore, privo nel diritto romano classico di competenza legislativa, per supplire alle lacune dello *ius civile*: fenomeno quest'ultimo che, in fondo, aveva messo allo scoperto *ante litteram* la possibile tensione tra una regola di tipicità tassativa delle fonti ed esigenze evolutive e sistematiche. Dall'altro lato, i bizantini, mentre accolgono la quadripartizione (contratto; delitto; quasi-contratto; quasi-delitto), muovono ormai da una concezione diversa di *contractus* e anche di *delictum*: il *contractus* non è più un affare identificato oggettivamente, ma un affare concepito in funzione del consenso (una convenzione), così come il *delictum* deve essere in qualche modo collegato a una dimensione della volontà. In altri termini, il contratto viene concepito come un atto volontario, e volontarie sono quindi le obbligazioni che ne derivano, mentre il delitto è un atto doloso, frutto (avvelenato) di una intenzione di nuocere. Accanto al *delictum* come atto doloso si inizia, però, a pensare al *quasi delictum*, inteso come atto colposo, onde si distinguono due tipi di responsabilità in corrispondenza a una volontà diretta alla lesione e a una volontà, pur rimproverabile, ma non direttamente rivolta a cagionare il danno. Questo aspetto, che rimane in ombra nella ricostruzione storica di Gambino (p. 42), è messo in luce da Albertario, il quale rileva che «la dottrina civilistica prevalente è riuscita ad eliminare come ormai definitivamente superata l'opinione di quelli che ritenevano essere delitto l'atto positivo e quasi delitto l'omissione, e l'opinione di quegli altri

che ritenevano essere delitto il fatto proprio e quasi delitto il fatto altrui». Del resto, l'idea che il delitto sia solo quello doloso può addirittura farsi risalire ad Aristotele secondo il quale il giudice che per errore pronuncia una sentenza ingiusta non commette un atto illecito, ma un atto che va considerato alla stessa stregua degli illeciti. «La distinzione tra delitto e quasi delitto è nel diritto moderno un puro residuo archeologico. Giacché il codice francese ed il nostro, come il germanico, hanno rinunciato in tema di responsabilità extracontrattuale a ogni disparità di trattamento fra il dolo e la colpa, ne consegue la assoluta irrilevanza pratica della distinzione. E io non ho bisogno di richiamare l'assurdo per cui, dato che il delitto è l'atto illecito doloso e il quasi delitto è l'atto illecito colposo, nel caso che alcuno dovesse risarcire dei danni in seguito a un reato colposo, per esempio in seguito a omicidio colposo, sarebbe tenuto per un atto che è delitto secondo la legge penale, che è quasi delitto secondo la legge civile». Sono ancora parole di Albertario, il quale partecipò alla redazione della disciplina del codice sulle obbligazioni.

In questa ottica, i redattori del *BGB* non ritennero necessario dettare una disposizione normativa generale sulle fonti. Per un verso, il § 823 aveva ormai portato a compimento il principio di equivalenza tra colpa e dolo (principio che riterrei preferibile chiamare invece di sufficienza della colpa) ai fini dell'illecito civile, cancellando il quasi delitto; per un altro, il § 350 (della *alte Fassung* del *BGB*), che ora corrisponde al primo comma del § 311, poteva essere visto come una norma settoriale sulle fonti, in cui ancora si sancisce il principio del contratto e della correlativa tipicità delle promesse unilaterali: *Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt*. Le obbligazioni volontarie debbono, dunque, in linea di principio, ricevere consenso sia dal debitore sia dal creditore. Su questo punto la legge non è descrittiva, perché preclude la nascita di obbligazioni nascenti da atti unilaterali, salvo che nei casi in cui la legge stessa ne preveda la possibilità. Si riserva quindi al legislatore la possibilità di evoluzione nel senso di una eventuale apertura a fonti volontarie unilaterali di obbligazione.

Tuttavia, la mancanza di una norma generale sulle fonti ha in qualche misura indotto a una sorta di aggiornamento pretorio del *BGB*, ossia una *Rechtsfortbildung* con cui dottrina e giurisprudenza hanno plasmato gli obblighi di protezione e quindi anche una regola generale di responsabilità precontrattuale: uno sviluppo del diritto applicato che ha certamente prodotto una significativa innovazione rispetto al sistema tradizionale delle fonti. D'altra parte, appare rilevante il fatto che il legislatore della riforma abbia sentito il bisogno di dire una sua parola al riguardo, aggiungendo un altro significativo frammento in tema di fonti dell'obbligazione. Infatti, ora il § 311 *BGB* prevede accanto alle obbligazioni derivanti da negozio (*rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse*) le obbligazioni derivanti da fatti similnegoziali, o, verrebbe da dire, da quasinegozio (*rechtsge-schäftsähnliche Schuldverhältnisse*).

Pertanto, l'evoluzione del diritto applicato e l'aggiornamento del *BGB* tramite la riforma hanno portato non solo a una innovazione di contenuto sul piano delle fonti, ma altresì a una innovazione rispetto alla mancanza di una regola generale sulle fonti stesse. Ora, il § 311 *BGB* provvede a una regola in materia di fonti che, sebbene non esaustiva,

nemmeno consente più l'affermazione secondo la quale la regola sulle fonti è mera questione descrittiva di una realtà normativa data, una classificazione ricognitiva da lasciare alla dogmatica giuridica. Tra il contratto e il fatto illecito, che il *BGB* concepisce secondo un criterio di tipicità analitica, la legge ora accoglie le obbligazioni meramente di protezione che circoscrive a quelle relazioni di avviamento di un contratto o a contatti simil-negoziali in cui una parte concede all'altra la possibilità di incidere su propri diritti, beni giuridici o interessi oppure affida questi ultimi all'altra (*die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte*).

A questo punto, il § 311 *BGB* appare come una norma sulle fonti a metà del guado: da un lato, non è ancora una norma generale sulle fonti e, nella misura in cui recepisce lo sviluppo del diritto applicato sulle *Schutzpflichten*, può dirsi descrittiva, quasi un aggiornamento del catalogo; ma, dall'altro lato, proprio su questo ultimo versante il legislatore sembra voler stabilire un confine, precisando il tipo di contatto socialmente qualificato (*ähnliche geschäftliche Kontakte*) che è necessario per far sorgere tali obbligazioni e omettendo qualsiasi riferimento alla clausola generale di *Treu und Glauben*.

Se ne può inferire che nella misura in cui il diritto giurisprudenziale si è spinto a riconoscere una fonte preterlegale di obbligazioni, il legislatore ha ritenuto suo compito ristabilire l'ordine delle competenze, e senza buttare a mare la *Rechtsfortbildung* comunque prodottasi, ha posto un criterio legale. In tal modo, il *BGB* si è pure aggiornato rispetto alla questione contemporanea sulle fonti, se esse siano frutto di applicazione della legge, o se non vi sia invece la possibilità di essere vincolati a un rapporto obbligatorio di creazione giurisprudenziale. Di fronte a questo nuovo orizzonte problematico, la questione delle fonti delle obbligazioni assume una pregnanza che non può più essere ridotta alla mera descrizione di ciò che è, ma implica l'esigenza di prescrivere una regola, la quale di fatto costituisce una ripartizione di competenza fra legge e giudice.

#### 4. La tensione politica nel riferimento alla legge delle codificazioni ottocentesche

Durante l'Ottocento la questione era decisamente meno avvertita e la dicotomia del Codice francese tra le obbligazioni volontarie e le obbligazioni nascenti dalla legge appare ancora lontana da questa prospettiva. L'articolo 1370 sembra semplicemente informare che alcune obbligazioni nascono senza che vi sia alcuna convenzione né da parte di chi si obbliga né dalla parte verso la quale si è obbligato; le prime sono quelle che nascono involontariamente, come quelle tra proprietari vicini, o quelle dei tutori o degli altri amministratori, i quali non possono recusare le funzioni che vengono loro attribuite. Le obbligazioni che nascono da un fatto personale di colui che resta obbligato risultano o dai quasi contratti, o dai delitti, o dai quasi delitti.

Invero, la discussione ottocentesca si mostra improntata a un metodo ancora ricognitivo, di carattere logicistico e per qualche aspetto filosoficeggiante, sebbene, quan-

tomeno a uno sguardo nutrito del senno di poi, un processo di cambiamento sembra iniziato.

Il riferimento alla legge, o con le parole di Planiol, alla volontà onnipossente della legge, per imporre un'obbligazione a una persona nell'interesse di un'altra – riferimento sempre più presente nei codici ottocenteschi accanto alle fonti nominate – offre ormai una sorta di passaggio verso l'impostazione politica del problema. Almeno surrettiziamente politica è, infatti, la tensione tra obbligazioni mediate e immediate (obbligazioni *ex contractu* e obbligazioni *ex re*, obbligazioni native e obbligazioni dative), secondo che sia la forza della volontà individuale o direttamente la forza dell'organizzazione sociale a istituire il rapporto obbligatorio, riconoscendo, nel primo caso, l'atto delle parti che lo fondano (volontà di riconoscere un'altra volontà), oppure esprimendo immediatamente, nel secondo, la volontà creatrice. La dialettica vede da una parte un approccio liberale in cui la legge viene richiamata come una sorta di riserva di legge a garanzia del principio del primato del contratto rispetto al quale fonti diverse devono essere previste puntualmente, ossia nominativamente. Dall'altra, vi è la prospettiva del socialismo giuridico che apre a un intervento non eccezionale del legislatore per far sorgere obblighi fondati su ragioni di carattere oggettivo in funzione di quella che Cimbali chiama la necessità sociale. Se è vero che la maggior parte degli autori, come ad esempio Scialoja, era schierata a favore della prima concezione, ormai l'orizzonte si dischiudeva verso una tensione che andava ben oltre la possibilità di un superamento del principio del primato del contratto.

Del resto, poiché le categorie del diritto non sono entità cristallizzate, ma riflettono le esigenze delle diverse epoche storiche, nel passaggio al Novecento non si può non tenere conto, nel discorso sulle fonti delle obbligazioni, dell'esigenza crescente di dare forma in chiave obbligatoria all'intensificarsi dei rapporti di collaborazione che sorgono in una società via via più complessa ed economicamente sviluppata. Lo stesso l'articolo 1173 del codice del 1942, quale che sia stata l'intenzione reale del legislatore storico, ha introdotto due significativi mutamenti linguistici: ha sostituito la parola «legge» con la formula più ampia di «ordinamento giuridico», il quale viene richiamato, a sua volta, come parametro di valutazione nel contesto della formula «ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico».

Sta di fatto che nella seconda metà del Novecento questa nuova formulazione viene ritenuta addirittura in grado di corroborare l'idea secondo cui sarebbe tramontato lo stesso principio di tipicità delle fonti dell'obbligazione. Ciò a rigore significherebbe ammettere fonti che vanno al di là dell'ordinamento giuridico, esito paradossale di una parabola storica iniziata discutendo persino della normatività della regola sulle fonti, pensata come un mero catalogo di quelle tipiche e tradizionali. Ormai, le fonti dell'obbligazione finiscono per riflettere una tensione che non è più interna alla legge, ma sfocia in una certa misura nella questione delle fonti del diritto, e in particolare nell'alternativa tra legge e giudice nella creazione di rapporti obbligatori.

Una questione che solo recentemente e di fronte a un'ipotesi che potremmo dire estrema, quella dei c.d. danni punitivi, ha visto il richiamo dell'articolo 23 della Costituzione («nessuna prestazione patrimoniale o personale può essere imposta se non in base

alla legge»), principio che stranamente viene trascurato nel discorso generale sulle fonti del diritto.

In ogni caso, l'atipicità delle fonti è stata affermata sia in modo diretto che in modo indiretto, ossia per il tramite di una espansione giurisprudenziale della responsabilità extracontrattuale. La clausola dell'ingiustizia del danno riletta nel senso di una clausola generale vera e propria, ma con una direttiva genericissima coincidente con la stessa idea di giustizia, consentirebbe al giudice di individuare fatti idonei a produrre nuove obbligazioni risarcitorie sulla base di standard metalegali, bilanciando interessi, in luogo del legislatore, e superando il limite della risarcibilità delle situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento. Tuttavia, come scrive Claudio Scognamiglio, a questa concezione dell'ingiustizia del danno non accede di fatto nemmeno «la dottrina (Rodotà) considerata abitualmente la sostenitrice più rigorosa e conseguente della tesi della clausola generale», la quale però «si configura in effetti come norma riassuntiva e di rinvio all'aerea previamente individuata delle situazioni giuridiche rilevanti».

Certo, adottando la prospettiva della responsabilità da violazione di obblighi, il problema della regola delle fonti di obbligazioni diventa più esplicito, perché espandere tale forma di responsabilità implica, effettivamente, riconoscere in modo chiaro e diretto nuove (o innominate) fonti di obbligazione senza nascondersi dietro al paravento della fonte (tipica) rappresentata dal fatto illecito riletto nel senso dell'atipicità.

## 5. Profili sistematici. Il principio bipolare nella sistematica delle fonti di obbligazione

Riconoscere che il nostro sistema di responsabilità, come molti altri, si distende in uno *Spannungsfeld* tra due poli, uno dei quali è la responsabilità da violazione di obblighi e l'altro la responsabilità extracontrattuale, significa non ammettere il monopolio aquiliano. Indulgono invece a questo monopolio quegli autori che, da un lato, inquadrano come una clausola generale l'ingiustizia del danno, e dall'altro, istituiscono un rapporto di regola-eccezione tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità da inadempimento. Tutto ciò che non è espressamente responsabilità da inadempimento potrebbe essere, perciò, soltanto extracontrattuale, onde, in uno spazio normativo dominato dalla responsabilità aquiliana, dovrebbe escludersi l'analogia delle regole di responsabilità da violazione di obblighi.

Se, invece, si mantiene la bipartizione delle due forme di responsabilità, aquiliana e relazionale, la possibilità di ricondurre un fatto dannoso alla responsabilità relazionale non implica violazione del canone della interpretazione delle discipline eccezionali (art. 14 preleggi al c.c.). Anzi, nei territori di mezzo, l'esistenza di una relazione qualificata può sospingere verso l'area più affine della responsabilità da violazione di obblighi. Di qui, mediante l'estensione analogica, la costruzione di un principio di responsabilità da violazione dell'affidamento di cui indubbiamente l'interprete ha l'onere di precisare limiti ed elementi tipici essenziali.

D'altra parte, non sarebbe metodologicamente accettabile la scorciatoia che disconosce carattere vincolante all'art. 12 delle preleggi e promuove una applicazione *top-down* in via diretta, cioè senza filtri, dei principi costituzionali, e ciò per almeno due ragioni. In primo luogo, è condivisibile la preoccupazione che Gambino manifesta in una ampia nota (311) e in un argomentato paragrafo (p. 122 ss.) in cui difende la permanente vigenza dell'art. 12 delle preleggi. Invero, le tecniche di riempimento (e di riconoscimento) delle lacune e in generale dell'estensione nell'applicazione delle norme debbono essere ben collaudate e soppesate, perché in gioco vi sono valori fondamentali, e non soltanto il principio di positività e di certezza del diritto (che ne rappresenta «l'eticità specifica», come è stato detto), ma pure il principio di uguaglianza. Inoltre, i principi costituzionali appartengono in generale a un ordine di discorso che deve tenere conto dell'articolazione dell'ordinamento giuridico introdotta dalla Costituzione. Le norme o principi di quest'ultima si collocano in generale su un piano qualitativamente diverso da quello delle norme ordinarie, sicché la loro operatività esige criteri di declinazione che tengano conto di questa scansione di piani e della correlativa loro diversa natura. In questa sede, si può solo rinviare al tema, ampiamente dibattuto soprattutto nella dottrina tedesca, della riflessione delle norme costituzionali sul diritto privato (*Drittwirkung*). Per altro verso, si potrebbe rilevare che lo stesso art. 23 Cost. esprime un principio costituzionale, onde l'idea dell'atipicità delle fonti di obbligazione dovrebbe comunque confrontarsi con questo principio.

In una linea che ci appare simile a quella da noi proposta si muove Gambino (p. 103), il quale sostiene che «Come è negata la possibilità del ricorso alla consuetudine, così è respinta l'idea di un potere creativo del giudice», per poi affermare che, poiché «non vi è traccia, per le obbligazioni, di un principio di tipicità legislativa», risulta «rimosso il dubbio della possibilità di riconoscere fonti non nominate». In altre parole, la regola sulle fonti preclude al giudice l'esercizio di un potere creativo, ma non gli strumenti dell'estensione analogica e quindi il riconoscimento di fonti, per così dire, innominate. Tassatività e tipicità, del resto, non sono sinonimi. La tassatività, che ci sembra coincidere con quella che Gambino chiama tipicità legislativa, implica una tecnica di redazione delle norme, la quale pretende di esaurire linguisticamente l'ambito di referenza o di operatività della norma stessa, onde quest'ultima è applicabile solo ed esclusivamente alle ipotesi concrete che possano riconnettersi puntualmente agli elementi della fattispecie astratta. Diversamente dalla tassatività, la tipicità non esclude una funzione ricostruttiva da parte dell'interprete che, pur non potendo prescindere dalla disciplina del diritto positivo, può anche valersi di strumenti come l'analogia. La tipicità esclude, invece, la clausola generale, intesa come quella tecnica di redazione delle norme che contiene una direttiva al giudice, il quale per la concretizzazione della direttiva è autorizzato a fare riferimento a standard extranormativi.

Nel caso dell'art. 1173 c.c., il confine del giudice rimane l'ordinamento giuridico, e perciò va esclusa l'atipicità, ma non una dimensione evolutiva o progressiva nella tipicità di cui abbiamo in altra sede parlato ottenendo l'approvazione di Gambino. In quest'ottica, il giudice è autorizzato a non limitarsi alle fattispecie puntualmente previste dalla legge, ma ha il compito di ricavare dall'ordinamento valutazioni di *idoneità* di fatti o atti. Se l'or-

dinamento riconosce, ad esempio, l'obbligo delle parti nelle trattative di comportarsi secondo buona fede, se ne può evincere una valutazione legale di tale contatto sociale in termini di idoneità a produrre obbligazioni, appunto in conformità con l'ordinamento giuridico. Certo, il fatto che l'art. 1337 c.c. faccia ricorso a una clausola generale, sebbene precisamente quella della buona fede che costituisce fin dal diritto romano un sigillo caratteristico dell'obbligazione, implica che la stessa legge accolga un momento di apertura. Ma proprio questa apertura legale dimostra che la clausola generale della buona fede entra in gioco secondariamente in quanto autorizzata dalla legge stessa per una categoria di ipotesi, non come clausola generale che direttamente l'art. 1173 c.c. contempla come potere generale del giudice di creare fonti di obbligazioni atipiche. Del resto, coerentemente con l'art. 1337 c.c., gli artt. 1398, 1718 e 1756 c.c. confermano una valutazione di idoneità di simili contatti sociali ai fini della produzione di un'obbligazione di protezione. In tal modo, quello che Gambino chiama circolo logico dell'art. 1173 c.c., più che un circolo, si dimostra una leva che autorizza l'interprete a estendere analogicamente, in guisa di principio, la tutela dell'affidamento (o meglio della possibilità di fare affidamento), proprio confidando sul giudizio di idoneità puntualmente espresso nel nostro ordinamento. Un giudizio di idoneità che, peraltro, trova riscontro anche all'interno di obbligazioni in senso tradizionale (con obbligo di prestazione) nelle quali l'obbligo primario di prestazione si arricchisce di obblighi di protezione come nel caso dell'art. 1681 c.c. o degli artt. 1206-1207 c.c. per lo stesso creditore (per una serie di esempi, rinvio allo scritto di cui sono coautore, su *Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio*, Torino 2023).

Il codice civile italiano fa registrare anche una significativa differenza tra la *Rechtsfortbildung* rilevata in questa materia in Germania e in Italia. Mentre la prima sembra squilibrata su dottrina e giurisprudenza, tanto che poi il legislatore si è sentito in dovere di intervenire, in Italia la categoria delle obbligazioni di protezione può contare su un maggior rispetto del principio di positività. Qui dottrina e giurisprudenza, pur senza negare l'ispirazione proveniente dalla Germania, hanno potuto svolgere una funzione maieutica rispetto a un dato normativo che già presentava gli elementi per poter essere esplicitato e sviluppato dogmaticamente in questa direzione. Esso già recepiva un giudizio di idoneità di ipotesi di contatti sociali qualificati come fatti o atti idonei a produrre obbligazioni. Invero, come ebbe a scrivere il maestro di Gambino, riferendosi più in generale a rapporti contrattuali di fatto, anche l'espressione quasi contratto avrebbe potuto essere messa a partito in questo senso, tanto più che in origine non fu intesa come un rapporto di assimilazione, ma come una equiparazione *quoad effectum* (*quasi* nel senso di come se fossero contratti). Tuttavia, la categoria del quasi-contratto già prima del codice civile del 1942 era apparsa obsoleta, probabilmente anche a causa della concezione fortemente consensualistica del contratto che frapponeva un ostacolo, anziché rappresentare un aiuto, nell'accreditare fonti di obbligazioni non basate sul consenso.

## 6. Alcune differenze di disciplina talora offuscate

Distinguere bene fra responsabilità da violazione di obblighi e responsabilità extracontrattuale significa altresì mantenere distinte le due discipline, cogliendone le differenze. Ben note sono le differenze riguardo alla prescrizione e alla prova (in funzione dei diversi «fatti che ne costituiscono il fondamento»), così come riguardo al lucro cessante e ai danni imprevedibili.

Confidando sulla possibilità di dialogo con la giurisprudenza, andrebbe, invece, ricordato che la causalità del fatto è un *proprium* soltanto della responsabilità extracontrattuale, in quanto nella responsabilità *ex art. 1218 c.c.* ciò che rileva ed è sufficiente è l'inadempimento (la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta), onde vi è spazio solo per la causalità dell'evento, la c.d. causalità giuridica (delle conseguenze risarcibili dell'inadempimento). In altre parole, mentre nella responsabilità aquiliana la mancanza di un rapporto previo fa esigere un momento di collegamento causale (qualificato da un criterio di imputazione soggettivo) tra condotta ed evento lesivo, tale esigenza non ricorre nella responsabilità da inadempimento appunto perché le parti sono già in relazione e l'inadempimento è già evento lesivo, quale mancata soddisfazione del diritto del creditore. Né è plausibile obiettare, come scrive un magistrato, che la prova della rilevanza della causalità del fatto anche nella responsabilità da inadempimento risiederebbe nell'art. 1227 c.c. In realtà, la disposizione contenuta in questo articolo è più una conferma che una smentita della irrilevanza in generale della causalità del fatto. La norma in esame rende rilevante un evento che altrimenti non lo sarebbe, ovvero non lo sarebbe in mancanza del fatto colposo del creditore: il concorso del fatto colposo del creditore si fa apprezzare come una sorta di causa estranea che, benché non abbia reso interamente impossibile la prestazione, ne ha costituito un ostacolo, rendendo l'adempimento almeno significativamente più difficoltoso se non parzialmente impossibile. Perciò l'art. 1227 c.c. si pone, non sul piano della fattispecie dell'inadempimento, ma sul piano dell'elemento impeditivo dell'impossibilità sopravvenuta e, pur non configurandola, ammette il concorso del fatto colposo che abbia ostacolato o reso parzialmente impossibile l'adempimento quale fattore di riduzione del risarcimento.

Inoltre, la differenza tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità relazionale implica che tentativi come quello di ritagliare una suddivisione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi non siano appropriati, proprio perché scindono la correlazione funzionale tra comportamento dovuto e interesse del creditore. L'obiettivo di alleggerire in certi casi la responsabilità del professionista mediante la configurazione a stregua di obbligazione di mezzi è un modo per negarne la relazionalità e di fatto assoggettarla alla responsabilità extracontrattuale; tanto è vero che il legislatore italiano ha gettato la maschera con la l. 24 del 2017 rinviando senza mezzi termini all'art. 2043 c.c. per la responsabilità del medico. Del resto, che si tratti di soluzione posticcia, si ricava anche dal fatto che una volta creata la falla, con l'artificiale configurazione dell'obbligazione di mezzi, si corre ai ripari con il tampone della perdita di *chance*, che, guarda caso, proviene proprio dall'ordinamento francese, tradizionalmente arroccato su quella distinzione.

D'altra parte, sul terreno della responsabilità extracontrattuale si registrano di recente tentativi di recuperarne una vera e propria funzione punitiva. Si tornerebbe così indietro rispetto a quanto la dottrina del codice abrogato in preparazione di quello nuovo sosteneva: «Delitto e pena sono ora, come erano per i romani, due termini correlativi nell'uso giuridico, e per i romani veramente all'*obligatio ex delicto* corrisponde la pena conseguibile coll'esperimento dell'*actio penalis*, ma della pena privata è sparito nei codici moderni fin l'ultimo vestigio, e nessuno ai giorni nostri disconosce che l'azione nascente dall'art. 1151 è una pura e semplice azione di risarcimento».

Ora, questo fenomeno va tenuto distinto rispetto a un altro, legalmente fondato, che potremmo denominare elasticità o flessibilità del danno risarcibile in funzione dell'elemento soggettivo. Un conto, infatti, è aggiungere una punizione al risarcimento mediante il cosiddetto risarcimento ultrariparatorio, cosa che di fatto implica aggiungere una fonte di obbligazione non prevista in assenza di un fondamento normativo e quindi in modo inconciliabile – come la stessa giurisprudenza ha rilevato – con l'art. 23 Cost. Un conto è invece modulare il danno risarcibile, ampliando o riducendo il novero delle conseguenze risarcibili in funzione della gravità dell'elemento soggettivo dell'agente o del concorso colposo del danneggiato. Su questo secondo piano, invero, si rileva una certa inesattezza sia della formula «equivalenza tra colpa e dolo» quale portato della convergenza del delitto e del quasi delitto nell'art. 2043 c.c. sia della formula del risarcimento integrale. Forse sarebbe più adeguata, invece, la formula che esprime tale approdo normativo nei termini di una regola di sufficienza della colpa che non impedisce di ampliare il risarcimento in caso di dolo o di ridurlo in caso di concorso colposo del creditore. Questo aspetto consente anche una lettura più coerente, tra le due forme di responsabilità, del risarcimento delle conseguenze imprevedibili. Come è noto, ai sensi dell'art. 1225 c.c. il danno risarcibile per inadempimento si estende o no ai danni imprevedibili in ragione del dolo o della mancanza di esso. Invece, con riguardo alla responsabilità extracontrattuale si afferma, quasi recuperando anacronisticamente la connotazione penale del delitto, che la responsabilità comporta sempre, anche in caso di semplice colpa, il risarcimento dei danni imprevedibili. Tale affermazione mette capo a una sproporzione su più piani. Anzitutto, non si vede perché la responsabilità aquiliana sia più grave di quella contrattuale. In secondo luogo, essa sembra contraddire l'idea di fondo della colpa che implica proprio la prevedibilità. Inoltre, oblitera l'art. 2056 c.c. che richiede al giudice una valutazione equitativa con riguardo al lucro cessante per la quale il primo e ovvio criterio è distinguere tra colpa e dolo. Di qui anche una ulteriore stranezza con riguardo al risarcimento in forma specifica: l'eccessiva onerosità lo preclude in modo standard, mentre se si tenesse conto che il risarcimento per equivalente può variare in funzione del criterio soggettivo, si potrebbe anche per quello in forma specifica differenziare i casi di colpa da quelli di dolo. Mentre per i primi la prevedibilità dei danni può orientare anche la valutazione dell'eccessiva onerosità del risarcimento in f.s., nei secondi la possibilità di risarcire danni imprevedibili potrebbe in linea di massima orientare verso una ammissibilità in generale di tale forma di tutela. Ma – occorre ribadire – non si tratterebbe di danni punitivi, bensì di elasticità del danno risarcibile in funzione dell'elemento soggettivo.

## 7. Obbligazioni autonome di protezione come struttura semplice di responsabilità

Le caratteristiche proprie dell'obbligazione autonoma di protezione la configurano fondamentalmente come una struttura semplice di responsabilità (relazionale), riducendosi di molto la complessità che denota il rapporto obbligatorio pieno, ossia avente come oggetto primario la prestazione; ma ciò non significa – come sostiene Mauro Orlando – che essa risulti *tout court* «priva di responsabilità patrimoniale». Anzitutto, il fatto che manchi la tutela dell'adempimento in natura, essendo sostituita *sic et simpliciter* dal risarcimento del danno, non elimina la responsabilità patrimoniale. Presupposto di quest'ultima, come già sottolineava Mengoni, è giustappunto, ai sensi dell'art. 2740 c.c., l'inadempimento o, più precisamente, la conseguenza risarcitoria di esso: le parole «il debitore risponde dell'adempimento» alludono evidentemente a una responsabilità «in luogo», ossia «in mancanza» dell'adempimento e quindi «a causa» dell'inadempimento. Naturalmente, di inadempimento si può ben parlare anche nei riguardi dell'obbligazione di protezione.

Nessuno, del resto, affermerebbe che le obbligazioni negative o l'obbligazione di risarcimento del danno *ex delicto* siano prive di responsabilità patrimoniale solo perché non assistite dall'adempimento in natura. Invece, la mancanza nell'obbligazione senza prestazione della pretesa fa discutere, sul piano (prevalentemente) teorico, circa la possibilità di applicare mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, già prima dell'inadempimento e quindi dell'insorgere della responsabilità, e sempre che non si accolga un concetto esteso di eventualità del credito tutelabile. La tutela in via preventiva della garanzia patrimoniale, funzionale al risarcimento, sembra, infatti, più facilmente riferibile all'obbligazione in senso pieno (con prestazione) in cui è già presente un elemento formale come la pretesa all'adempimento, aspetto che, peraltro, rimane spesso in ombra in quelle ricostruzioni che sottovalutano il senso sistematico della tutela in forma specifica del creditore. E ciò vale anche per le obbligazioni pecuniarie in cui la tutela in forma specifica è per così dire *in re ipsa* data la generale fungibilità del denaro. Del resto, la titolarità del credito alla protezione non è nemmeno suscettibile di essere oggetto di quel potere di disposizione che, nei casi e nei limiti consentiti dall'ordinamento, ne permette la circolazione mediante una sorta di reificazione del diritto stesso. L'obbligazione di protezione è destinata a rimanere nella sua relatività (o relazionalità) insuscettibile di reificazione (*Verdinglichung*): ancora una volta la specificità di essa non deve essere obliterata, sovrapponendovi il modello dell'obbligazione di prestazione con le regole proprie di quest'ultimo. Ora, può darsi che proprio questa precomprensione patrimonialista faccia da sfondo al tentativo di ricondurre la responsabilità precontrattuale alla responsabilità aquiliana all'insegna di una ipotetica distinzione tra obbligazione come «fattispecie di garanzia» e obbligo precontrattuale che si risolverebbe in una «fattispecie di danno, sicché il ciclo formativo si perfeziona soltanto dopo il danno». Il danno, invero, è sempre necessario per la responsabilità, sia che essa si configuri come responsabilità da inadempimento sia che si tratti di responsabilità extracontrattuale. Sicché la riduzione

ne della questione al danno trascura la rilevanza della relazione che nella responsabilità precontrattuale è decisiva, mentre in quella extracontrattuale è assente.

In ogni caso, Gambino dialogando anche con questa prospettiva (p. 65 ss. testo e note 176 e 177), sottolinea opportunamente l'esigenza di comprendere il fenomeno nel suo collocarsi tra contratto e torto, e così non si preclude la possibilità di riconoscere il *novum* delle obbligazioni autonome di protezione. D'altra parte, lo stesso Gambino in una lunga nota dedica anche un approfondimento alla differente questione della possibilità di applicare mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale già durante le trattative precontrattuali, «benché – precisa – il vincolo contrattuale non sia ancora sorto». Di per sé non è la mancanza del vincolo contrattuale l'ostacolo a tali mezzi, dato che una responsabilità precontrattuale prescinde per definizione da tale vincolo né, occorre precisare, può essere ridotta al recesso ingiustificato dalle trattative, potendo ricomprendere anche l'inadempimento di obblighi di protezione come la custodia di cose ricevute durante le trattative o informazioni o riservatezza dovute alla controparte. Probabilmente la maggiore difficoltà ad ammettere un sequestro o un altro mezzo di tutela preventiva della garanzia patrimoniale riguarda il recesso ingiustificato, perché prima che esso avvenga può risultare difficile provare che di tali mezzi ricorrano i presupposti. Ma la difficoltà di attivare tali mezzi non esclude di certo la responsabilità patrimoniale del debitore.

Inoltre, sul piano metodologico un'osservazione andrebbe fatta. Ferma l'importanza della responsabilità patrimoniale, la ricostruzione dell'obbligazione viene solitamente organizzata suddividendo il profilo del rapporto da quello della responsabilità patrimoniale (o rispondenza), come, del resto, fa il codice e come fa lo stesso Gambino che nel suo bel libro si concentra solo sul rapporto. La confusione di piani può, invece, essere fuorviante come si è dimostrato in passato quando ha fatto velo non solo alla tutela in forma specifica del credito, ma altresì al riconoscimento della possibilità di valorizzare l'interesse non patrimoniale del creditore come funzione della prestazione.

Il tentativo di una *Verdinglichung obligatorischer Rechte* non ha avuto successo, come è noto, e il dualismo tra situazioni giuridiche relative e situazioni giuridiche reali rimane un pilastro del diritto civile. Così l'obbligazione, anziché scivolare in una concezione patrimonialistica, è rimasta la forma giuridica di una relazione fra persone.



### Il lascito di Rudolf von Jhering. Due avvincenti volumi per non dimenticare\*



Elena Bellisario

Prof. ord. dell'Università Roma Tre

**SOMMARIO:** 1. Un genere letterario peculiare. – 2. Bisogni da appagare, peccati da espiare, misteri da svelare. – 3. Non solo giurista: conoscere Jhering. – 4. Perché rileggere Jhering.

#### 1. Un genere letterario peculiare

I due volumi di Pasquale Femia che oggi abbiamo il piacere di presentare costituiscono il frutto di un progetto unitario: vi è idealmente un ordine ma anche, sostanzialmente, un rapporto complementare e sinergico, perché il pregio dell'uno è arricchito dall'esistenza e dal pregio dell'altro.

Come l'A. tiene subito a precisare (vol. I, p. 14), non si tratta di un lavoro biografico su Rudolf von Jhering, o meglio, non si tratta di una biografia nel senso stretto e proprio del termine; qui siamo piuttosto di fronte a una biografia del pensiero, alla storia intellettuale di Jhering, che viene ricostruita attraverso talune vicende della sua vita personale e scientifica, e in particolare ripercorrendo le tappe del suo "movimento di pensiero" attraverso alcune delle sue opere, il suo epistolario e anche attraverso l'analisi della critica su Jhering.

In una recente ed efficace recensione (P.L. PORTALURI, *Nella notte di S. Silvestro brilla il diritto presente e non nel «cielo dei concetti»*, Il Sole 24 Ore del 29/08/2024), i volumi

---

\* Il testo riproduce la relazione svolta al Seminario "Rudolf von Jhering e la missione del giurista nel tempo presente", presentazione dei volumi di P. FEMIA: *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Il Mulino, 2024; *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Il Mulino, 2024, tenutosi a Roma presso l'Istituto Luigi Sturzo il 18 settembre 2024.

vengono definiti una «biografia giuridica»; a mio avviso li potremmo anche definire una biografia intellettuale, spirituale, se non psicologica, che P.F. ricostruisce appassionatamente con l'intento di indurci a rileggere ancora Jhering, e a leggerlo – *ça va sans dire* – direttamente. Di là da queste definizioni, si tratta, comunque, di libri di diritto, in cui è fortemente presente il pensiero dell'A., oltre che il suo grande amore per la storia.

Realizzare questo tipo di opera – così particolare e davvero originale – era tutt'altro che facile, anche perché Jhering ha scritto moltissimo ed è stato moltissime cose: un accademico, un romanista, un teorico del diritto, uno studioso della metodologia storica ma, soprattutto, è stato un penetrante osservatore della realtà della vita, un giurista pratico, il giurista della transizione fra diritto romano e diritto moderno.

Proprio in virtù di questo, il suo percorso intellettuale non è stato lineare, tutt'altro; è stato un “divenire” travagliato, squilibrato, fatto di alti e bassi, di andirivieni, di successi ma anche di fallimenti.

Di questo “divenire” Pasquale Femia fa un'analisi profonda, densa di suggestioni, un'analisi che si snoda – in modo, volutamente, non sempre lineare proprio perché più adatto a rappresentarlo – su entrambi i volumi, a partire dal Parere sulla doppia vendita del 1859, che segna la c.d. “svolta” culturale di Jhering: da qui in poi il ripudio del culto della logica, l'insistenza sulle conseguenze pratiche del ragionamento, e il ruolo via via crescente assegnato all'indefinito “sentimento giuridico”, sebbene la tecnica argomentativa per concetti rimanga la stessa, con l'analisi testuale di frammenti del diritto romano, secondo lo stile dell'epoca. Come l'A. ci fa notare, forse anche per questo la rivoluzione metodologica di Jhering non è stata colta subito, passando quasi del tutto inosservata.

## 2. Bisogni da appagare, peccati da espiare, misteri da svelare

Il primo volume (*Sei anni di cammino, sette di divenire*) – come ci viene detto già nella premessa – esprime un bisogno profondo dell'A.: il suo personale «bisogno di sentire Jhering», un «pegno da pagare» (vol. I, p. 17) per svolgere le ricerche oggetto del secondo volume (*Sentimento e moltitudine*).

Con quest'ultimo, P.F. cerca di espiare quello che lui definisce un «peccato»: e cioè giocare alla caccia al «*chi l'ha detto prima?*» (vol. II, p. 18, riferendosi, in particolare, al caso dell'interesse non patrimoniale). L'A. lo considera un peccato, un errore di gioventù, perché attribuire le parole che ci piacciono a questo o a quel giurista di un'altra epoca genera spesso l'illusione di poter risolvere magicamente problemi di disciplina attuale; ma in realtà così non è, perché l'identità lessicale non può mai dispensare l'interprete dalla fatica di indagare le differenze funzionali rispetto al contesto storico in cui le parole e i concetti vengono utilizzati. La ricerca storica – su questo, giustamente, P.F. ci ammonisce – non serve ad individuare presunte, se non finte, «perenni attualità», ma serve semplicemente a capire meglio il presente (vol. II, p. 19).

Il secondo volume, poi, vuole essere anche un omaggio a Jhering per la sua teorica sui diritti di uso comune, e ciò per evitare che se ne smarrisca la memoria: qui l'A., più che compiere un'operazione di “attualizzazione” del pensiero di Jhering (operazione che

appunto, di per sé, va stigmatizzata), instaura un dialogo fra il diritto comune della moltitudine di Jhering e i diritti inappropriabili attuali (quelli che P.F. definisce diritti «trans-soggettivi», «senza solitudine», «fraterni») e prende ampi spunti da quella ricostruzione ma senza mai confondere i due diversi piani. È questo – il *diritto del comune* – uno dei grandi temi della modernità che solleva davvero un’infinità di questioni e di riflessioni, fra cui mi limito qui a toccarne una soltanto: la teoria dei diritti trans-soggettivi inappropriabili che l’A. va sviluppando – questi diritti *sui generis*, né esclusivamente privati né esclusivamente pubblici – è emblematica dell’evanescenza fra diritto pubblico e diritto privato, delle loro reciproche invasioni di campo, dell’ibridazione dell’uno nell’altro.

In questo secondo volume non mancano anche i “gialli”, e l’A., con grande abilità, non ci svela l’assassino: mi riferisco a quel decennio (1880-1890) in cui Vittorio Scialoja avrebbe maturato la distinzione fra patrimonialità della prestazione e non patrimonialità dell’interesse, ma non si sa bene in che modo (e qui, appunto, sta il mistero). L’A., attraverso i suoi approfonditissimi studi, ha già maturato una sua ipotesi al riguardo ma non la rivela «perché toccare i monumenti è pericoloso» (vol. II, p. 17) e, se mai lo farà (come auspicato dal lettore divorato dalla curiosità), sarà in altra apposita occasione.

### 3. Non solo giurista: conoscere Jhering

Anche se attraverso gli occhi di P.F., comunque questi due libri ci danno la possibilità di conoscere Jhering, anzi, di conoscere i «molti Jhering» (vol. I, p.31), perché l’A. – benché (come detto) sia persuaso e persuasore della necessità di leggerlo direttamente – abbonda di proposito nelle traduzioni e continuamente ci riporta stralci significativi delle sue opere nonché i suoi mutevoli stati emotivi: gioie e tormenti, entusiasmi e sconforti, passioni e distacchi, i sofferti ripensamenti, persino le crisi depressive. Insomma, ci lascia conoscere non soltanto il giurista, ma anche, e soprattutto, l’uomo.

Nella ricostruzione del pensiero di Jhering, P.F. è sempre molto attento alla traduzione (ci segnala anche le più piccole varianti lessicali di Jhering da edizione a edizione e persino gli errori di stampa) e poi, con grande onestà intellettuale, mette spesso a confronto traduzioni operate da autori diversi, ben evidenziando *come* e *quanto* la scelta delle parole sia sempre influenzata dall’orizzonte culturale del traduttore, essendo inevitabile una sorta di pre-comprensione.

Come accennato, in questa ricostruzione l’A. dedica ampio spazio alla critica su Jhering, al modo in cui è stato recepito sia in Germania che in Italia, mettendo in luce – e con percepibile amarezza – come troppo spesso Jhering sia stato oggetto di disletture, di fraintendimenti, di sbrigativi tentativi di liquidazione, persino «per sentito dire» (vol. I, pp. 83-84), di pesanti attacchi sia dai giuristi che dai filosofi: perché in effetti il suo destino è stato quello di essere «troppo avanti» per i contemporanei e «troppo indietro» rispetto a studiosi (come Max Weber) che solo qualche decennio più avanti avrebbero preso le mosse dal diritto per poi spostarsi su altri campi (vol. I, p. 167).

P.F. ci offre dunque, su alcuni casi particolari, una profonda analisi delle scelte di metodo e di contenuto di Jhering. Un’analisi scrupolosamente filtrata, depurata dalle

troppe incrostazioni storiografiche, potremmo dire un'analisi che dà a Jhering quel che è di Jhering, e che quindi ben ci trasmette la complessa evoluzione del pensiero e l'approccio rivoluzionario – davvero modernissimo – di questo giurista dell'Ottocento: un approccio dal basso, pluralista, realista e soprattutto personalista. Per Jhering, infatti, il diritto non esiste da solo, esiste la “coppia” diritto-persone, perché il diritto riguarda e coinvolge sempre persone “in carne e ossa”.

E se in passato Jhering è stato definito con etichette tanto discordi quanto mistificanti (profeta del diritto libero ma anche materialista o evolucionista), tuttora egli è noto prevalentemente attraverso “formulette” ricorrenti (precursore della sociologia del diritto) o come ornamento di note a piè di pagina (fin troppo abusata la citazione del notissimo saggio sulla *Culpa in contrahendo* del 1860), che ovviamente non consentono di coglierne a pieno l'immenso lascito, invero destinato solo «a chi abbia voglia di leggerlo oggi *per davvero*» (vol. I, p. 14). Perché Jhering è stato non soltanto il primo fra i giuristi ad aver dischiuso la “dimensione sociale” del diritto privato, ma anche – come sottolinea P.F. – «l'ultimo grande teorico del diritto operante nel territorio del diritto privato» (vol. I, p. 13), capace di abbozzare, con le sue indagini e le sue intuizioni, un vero e proprio percorso di politica del diritto.

Ancor meno noti sono, poi, gli aspetti umani che l'intenso ritratto di P.F. ci restituisce, e in alcuni di questi tutti noi un po' ci riconosciamo, e *in primis* credo ci si riconosca proprio lo stesso A. Così, ad esempio, quando leggiamo che «lavorava con foga ed era sempre scontento» (vol. I, p. 25), oppure quando lo troviamo attanagliato da una questione «maledetta» (quella della doppia vendita) che lo tormentava come un incubo da settimane, portandolo alla disperazione (vol. I, p. 40); o, ancora, quando a lezione si dilungava sugli argomenti preferiti e passava veloce su quelli lo annoiavano (vol. I, p. 31): ecco, queste sono situazioni che un po' tutti noi abbiamo vissuto e viviamo, io poi mi riscontro particolarmente – purtroppo – anche nelle imprecazioni contro l'«infame tabacco» (vol. I, p. 24).

Queste, ed altre caratteristiche che l'A. ci svela, rendono l'uomo Jhering istintivamente simpatico: dal metodo del sigaro e della poltrona, alla passione per il pianoforte e le passeggiate, fino il fascino del suo stile, spesso ironico e anche satirico (esattamente – aggiungo – come quello dell'A.).

L'attenzione alla accettabilità pratica delle conseguenze di una teoria – che diventa costante nei sei anni di cammino (1859-1865) – si riflette sul ragionamento, sul procedimento e sulla tecnica di Jhering, che partiva sempre da un problema concreto, spesso ricorreva all'argomento per assurdo – dove l'assurdità era pratica, e non logica – e continuamente utilizzava esempi di vita reale per evidenziare le conseguenze paradossali di una teoria e, quindi, per convincere il lettore del suo contrario (una tecnica, questa, che potremmo definire, con le parole del compianto Prof. Mario Nuzzo, del “far emergere e far esplodere tutte le contraddizioni”).

Inevitabilmente tutte queste peculiarità – che scopriamo in entrambi i volumi – creano un'immediata empatia fra il lettore e Jhering, ma trasmettono anche la sconfinata ammirazione dell'A. per quest'uomo, quasi una venerazione, come del resto rivelano gli appassionati – e appassionanti – appellativi a lui dedicati: «genio» tormentato, incompre-

so e «vietato ai minori» (vol. I e II, *passim*), «santo protettore» (vol. I, p. 84), «divinità del diritto» (vol. I, p. 173), «grande maestro della funzione sociale e dell'interesse» (vol. I, p. 87), e ancora «pragmatista romantico» in perenne trasformazione (vol. I, p. 146).

Sempre con grande onestà intellettuale, l'A. non ci nasconde anche altri aspetti di Jhering, meno positivi, e ciò attraverso il racconto di alcune vicende della sua vita da cui si percepisce la complessa personalità di quest'uomo, di certo rispettato e temuto, ma non sempre amato, anzi, talvolta odiato. Emblematico è il contenzioso con la cameriera-cuoca, in cui scopriamo uno Jhering burbero e ostinato, quasi crudele, e finiamo per rallegrarci nel vederlo uscire sconfitto da questa sua lotta per il diritto (vol. I, p. 172 ss.).

Insomma, Pasquale Femia riesce a farci *sentire* a tutto tondo i «molti Jhering» che spesso convivono contemporaneamente, nel bene e nel male. E fra questi, ci fa sentire soprattutto lo Jhering *incompiuto*.

Ripercorrendo queste transizioni – e, in particolare, non solo quella (più nota) dalla giurisprudenza dei concetti alla giurisprudenza degli interessi, ma anche quella (meno nota) dall'innatismo allo storicismo del sentimento giuridico – l'A. ci fa notare che solo una congrua distanza storica permette effettivamente di constatare nel percorso di Jhering una progressione culturale, una «continuità di ispirazione» (vol. I, p. 160). Dunque distinguere Jhering in fasi – se può essere senz'altro utile ad agevolare la riflessione storica – di certo non vuole e non deve spezzare il pensiero di un uomo che è sempre in divenire ed è, quindi, al tempo stesso «uno e molteplice» (vol. I, p. 159).

#### 4. Perché rileggere Jhering

«Chiudere Jhering in una formula – ci dice l'A. – significa perderlo» (vol. I, p. 14), e anche per questo insiste sulla necessità di una lettura diretta delle sue opere. E ne vale veramente la pena, perché alcune pagine sono proprio delle perle, dei capolavori della letteratura giuridica.

Penso ad esempio al passo – bellissimo – *A cosa serve il denaro a colui che lo possiede?* (contenuto nel Parere sulla ferrovia di Gäu del 1878), che già da solo vale ad elevare Jhering nell'Olimpo della dottrina giuridica (con tre parole l'A. dice tutto al riguardo: «*Jhering per sempre*» - vol. II, p. 32). Stupefacente il Parere di Basilea del 1862 in tema di diritti collettivi dei privati su *res publicae* (vol. II, p. 172 ss.). Per non parlare, poi, della sua celeberrima *Lotta per il diritto*, vero e proprio *cult* certamente da leggere e rileggere: è lì che si afferma che il diritto privato è la palestra in cui l'individuo diviene *cives*, è educato al senso giuridico della comunità e, dunque, non il diritto pubblico ma il diritto privato è la «vera scuola di educazione politica di un popolo», perché è ciò che è seminato e fecondato nel diritto privato, «nelle piccole, anzi nelle minime relazioni della vita», produce i suoi frutti nel diritto dello Stato (vol. I, p. 177).

Nella rilettura di queste splendide pagine P.F. ci accompagna, ci guida, indicando quello che in Jhering – noi giuristi di oggi – dobbiamo cercare e suggerendoci anche quello che, invece, dobbiamo evitare di cercare: sicuramente non dobbiamo cercare le macro-visioni sul diritto, che «hanno fatto il loro tempo» e sono ormai «materia per gli

storici», bensì in Jhering dobbiamo cogliere «quei momenti che, in specifici contesti e su specifici problemi, gli hanno consentito di innovare l'impianto categoriale del diritto civile»; dobbiamo «cogliere micrologicamente», nei suoi «movimenti teorici» e nelle soluzioni «inaspettate» da lui praticate, «il senso del lavoro della teoria giuridica» (vol. I, pp. 133-134), che è un lavoro che non ha mai fine.

Personalmente sono convinta che i due volumi realizzeranno l'intento dell'A., e cioè, come ho più volte ricordato, indurci a rileggere ancora questo giurista, che anche dove ha fallito, anche dove non ha concluso, ha comunque aperto nuove strade, ha donato ai posteri «immensi squarci di conoscenza» (vol. I, p. 172), ha prodotto «schegge di pensiero» (vol. I, p. 17) dotate di una «latenza pronta a liberarsi in apertura (e finanche rottura) sistematica attraverso il contatto con la critica del presente» (vol. I, p. 136).

Questo mi pare il messaggio, il suggerimento più prezioso che Pasquale Femia ci lascia su ciò che dev'essere parte integrante della missione del giurista del presente: e cioè cercare quelle «schegge di pensiero» del passato da cui prendere la forza per concorrere ad aprire il diritto contemporaneo a nuove soluzioni, per «attivare la innovazione giuridica (...) del presente» (vol. I, p. 15) e «favorire strategie di (micro) rottura infrasistemica» (vol. I, p. 134).

Di tutto questo noi, giuristi di oggi, faremo certamente tesoro e perciò siamo davvero molto grati a Pasquale Femia (e, naturalmente, anche a Rudolf von Jhering).



### Puccini e il diritto privato: alcune suggestioni

Geo Magri

Prof. ass. dell'Università dell'Insubria



**SOMMARIO:** 1. Preludio. – 2. Quali istituti di diritto privato entrano nelle opere di Puccini? – 3. Perché un così frequente ricorso al diritto nelle opere pucciniane? – 4. Quali suggestioni lascia Puccini al privatista? – 5. Le opere di Puccini come un manuale di diritto privato. – 6. Conclusioni.

#### 1. Preludio

Giacomo Puccini e il diritto privato: apparentemente si potrebbe pensare che si tratti di due mondi distinti che non hanno alcun rapporto. Passionale ed emotivo il primo, freddo e tecnico il secondo.

Se poi si insistesse nel volere accostare i due temi, probabilmente, il primo spunto di ricerca sarebbe legato alle molte vicende giudiziarie, in materia di proprietà intellettuale e diritti d'autore, che hanno visto protagonisti gli eredi del noto compositore<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra queste, la più recente e interessante vede contrapposti la fondazione Puccini e Casa Ricordi. Il 27 luglio 2015, la fondazione Puccini riceve una raccomandata dalla casa editrice Ricordi, nella quale quest'ultima comunicava la sua intenzione di sospendere i pagamenti dei diritti di utilizzazione di una parte delle opere di Giacomo Puccini ancora sotto tutela. L'editore giustificava la sospensione affermando di avere ricevuto una diffida, a firma di Simonetta Puccini, nella quale si contestava la titolarità, in capo alla fondazione, dei diritti d'autore con riferimento alle seguenti opere: Il Tabarro, La Fanciulla del West e Turandot, mentre il pagamento dei diritti patrimoniali d'autore di Gianni Schicchi e di Suor Angelica sarebbe continuato regolarmente.

A fronte di tale comunicazione, nel marzo del 2016, la fondazione Giacomo Puccini muoveva causa contro l'editore Ricordi allo scopo di difendere i propri diritti già accertati da una precedente sentenza del Tribunale di Firenze del 2008 e da accordi transattivi con l'Agenzia del Demanio e con Simonetta Puccini, ai quali Ricordi aveva dato pieno riscontro per tutto il 2014. Fino al 2015

Queste controversie, però, non sembrano in realtà essere le questioni di maggiore interesse per il civilista: se si analizza la trama delle diverse opere pucciniane, infatti, è possibile individuare, in quasi tutte, riferimenti al diritto privato e anzi, in alcuni casi, si può addirittura affermare che la trama dell'intera opera ruoti intorno a questioni privatistiche, come nel caso di *Madama Butterfly* o di *Gianni Schicchi*.

Il riferimento agli istituti giuridici può essere espresso ed evidente, come nel caso del testamento di *Gianni Schicchi* o del pegno in *Bohème*, oppure più velato e indiretto: in quest'ultima ipotesi la trama, raccontando accadimenti della vita umana, pone questioni che hanno una ricaduta giuridica e quindi suggerisce prospettive di indagine e di ricerca.

---

i ricavati delle opere pucciniane erano suddivisi secondo i seguenti criteri: due terzi del 50% alla Fondazione Giacomo Puccini; un terzo di questo 50% a Simonetta Puccini (alla quale è succeduta la Fondazione Simonetta Puccini per Giacomo Puccini) e l'altro 50% all'editore Ricordi. La tesi espressa da Casa Ricordi è che alla Fondazione, quale erede indiretto, sarebbero spettati, in forza dell'art. 25 l.a., solo i proventi maturati sino al cinquantaseiesimo anno dalla morte dell'ultimo dei coautori di ciascuna opera, conseguentemente, a partire dal cinquantaseiesimo anno, tutti i diritti sarebbero spettati all'editore, sino al settantesimo anno dalla morte dell'autore, momento nel quale le opere sarebbero cadute in pubblico dominio. Secondo la tesi della Fondazione Puccini, condivisa dal Tribunale di Milano (sentenza n. 3392 del 17 giugno 2020), invece, la quota dei proventi oggetto di legato in suo favore deve essere versata sino alla caduta in pubblico dominio di ciascuna opera.

<sup>Si</sup> vedano inoltre la sentenza del Tribunale di Milano Sez. P. I., 14 luglio 2008, secondo la quale: «Deve essere rigettato il ricorso cautelare ex artt. 20 e 93 l.a. proposti dall'erede di un autore (nella specie la nipote di Puccini) contro un progetto di film di cui non si conoscono elementi sufficienti per verificare se vi sia stata realmente una violazione di queste norme»; Tribunale Firenze Sez. P. I., 17 dicembre 2005, secondo la quale «L'art. 20 Cod. Prop. Ind. conferisce al titolare del diritto di marchio d'impresa registrato il diritto di vietare ai terzi di usare nell'attività economica un segno identico al marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato, o anche un segno simile al marchio registrato per prodotti o servizi identici o affini, se a causa della identità o somiglianza tra i segni e dell'identità o affinità tra i prodotti possa determinarsi un rischio di associazione tra i due segni.

Nei marchi complessi può aversi confondibilità anche in relazione ad uno solo degli elementi componenti, a condizione che esso sia nuovo ed abbia capacità distintiva. In presenza di servizi identici o affini (spettacoli musicali), il riferimento al nome proprio "Puccini" non è sufficiente a configurare contraffazione. Esso, infatti, come identificativo del compositore cui è dedicata la manifestazione, risulta di uso comune e poco caratterizzante»; Tribunale Milano Sez. P. I., 13 aprile 2005, per la quale: «Non costituisce violazione dell'art. 10 c.c. la riproduzione dell'immagine di Puccini su monete celebrative del centenario di madame Butterfly, che sia attuata dalla zecca dello stato a fini di rievocazione di un evento culturale importante, nell'ambito di compiti di valorizzazione e di sviluppo della cultura propri dello Stato, senza pregiudizio per l'onore e la reputazione del maestro Puccini, e in modo conforme ad una funzione di rievocazione e di celebrazione di eventi e di personalità che è affidata da tempo memorabile agli ambiti numismatici e filatelici riservati all'autorità statale in materia di emissione di monete e di valori bollati».

## 2. Quali istituti di diritto privato entrano nelle opere di Puccini?

La prima domanda che ci si può porre è: quali istituti di diritto privato entrano in gioco in opere liriche nelle quali sono i sentimenti a giocare un ruolo determinante? Ovviamente il primo istituto al quale la mente correrà sarà il matrimonio, con i relativi annessi e connessi: adulteri, separazioni, divorzi, ecc. E in effetti il matrimonio gioca un ruolo di rilievo in diverse opere pucciniane, basti pensare, tra le altre, a *Madama Butterfly* o a *Turandot*.

Ma il matrimonio non è il solo istituto che viene in considerazione: anche il contratto entra spesso in scena, si va dalla locazione (*Bohème*), al gioco e alla scommessa (sempre *Bohème* e *Fanciulla del West*), al contratto d'opera (*Tosca*), per giungere al contratto immorale (*Bohème*, *Tosca*).

Pure i diritti reali non sono dimenticati: nella *Bohème*, Colline ci informa che:

«Già dell'Apocalisse appaiono i segni.  
In giorno di Vigilia non s'accettano pegni!...».

Intorno a un testamento si dipana, infine, la vicenda di *Gianni Schicchi*.

Se si dovesse quindi rispondere alla domanda quali istituti del diritto privato entrano in gioco, la risposta non potrebbe che essere tutti gli istituti della quotidianità, quegli stessi che la società borghese, a cavallo tra Otto e Novecento, viveva nella propria comune esperienza.

Ovviamente, sarebbe ingenuo pensare che nelle opere pucciniane si possano trovare riferimenti giuridici puntuali: spesso i riferimenti sono piegati alle esigenze drammaturgiche e gli istituti non vengono presi in esame con precisione o con dovizia di dettagli, né sono del tutto affidabili con riferimento alla regola effettivamente vigente nel momento e nel luogo in cui l'opera è ambientata. Ma la funzione dell'opera non è chiaramente quella di un manuale di diritto privato.

## 3. Perché un così frequente ricorso al diritto nelle opere pucciniane?

Un primo elemento da prendere in considerazione è legato al tempo nel quale Puccini componeva le sue opere: a cavallo tra Otto e Novecento l'Italia era alle prese con importanti riforme sociali, la letteratura era influenzata dalle teorie veriste, le quali, ovviamente, finivano per influenzare anche il melodramma, come testimonia *Cavalleria Rusticana*, che Pietro Mascagni basò su un libretto di Giovanni Targioni-Tozzetti e di Guido Menasci ispirato da una novella di Giovanni Verga. Puccini, figlio della cultura del suo tempo, mette in scena le vicende del popolo e delle classi sociali più disagiate, per le quali il diritto è spesso strumento di oppressione. L'attenzione all'elemento giuridico è quindi in primo luogo direttamente collegata alle esigenze drammaturgiche: sono le trame delle opere che trasudano realtà e lotte sociali ad imporre continui riferimenti al diritto privato.

Una seconda ragione, probabilmente meno evidente, per la quale il diritto assume un ruolo così rilevante pare essere riconducibile alla collaborazione del compositore con il librettista Giuseppe Giacosa<sup>2</sup>. Come noto, Giacosa era, almeno di formazione, un giurista. Figlio di un avvocato, si era laureato in giurisprudenza all'Università di Torino e, una volta conseguita la laurea, si era cimentato nella pratica forense nello studio paterno, per poi abbandonare la professione e dedicarsi completamente alla carriera di librettista.

Sono da attribuire a Giacosa i libretti di *Bohème*, *Tosca* e *Madama Butterfly*, cioè quelle opere in cui l'aspetto giuridico è presente in modo più preciso e dettagliato.

In *Bohème* abbiamo i riferimenti al pegno, alla locazione e alla morosità che i giovani inquilini tentano di sanare facendo presente al locatore che, nonostante sia sposato, è stato visto intrattenersi in un locale equivoco, in compagnia di una donna dalla dubbia moralità.

In *Tosca* i richiami giuridici non sono così evidenti; tuttavia, non possiamo non rilevare come il punto centrale sia l'incontro tra Scarpia e Tosca, durante il quale quest'ultima chiede la grazia per l'amato Cavaradossi e Scarpia è disposto a concederla, a patto che Tosca si dimostri accondiscendente nei suoi confronti. Si tratta, con tutta evidenza, della conclusione di un contratto immorale: Tosca vuole influenzare la decisione di un organo giudicante ed è pronta a ottenere tale risultato offrendosi al perfido Scarpia, il quale è incline, almeno a parole, a concedere un tale risultato in cambio di una prestazione sessuale.

La rilevanza delle questioni giuridiche è ancora più evidente se si prende in esame *Madama Butterfly*, come meglio si vedrà; in questo caso la particolare rilevanza dell'elemento giuridico è legata al fatto che il libretto del giurista Giacosa è tratto da un'opera di John Luther Long<sup>3</sup>, anch'egli giurista, che riprese il racconto *Madame Chrysanthème* di Pierre Loti, aggiungendo non pochi dettagli giuridici, quali ad esempio, le differenze tra il regime legale del divorzio in Giappone e negli Stati Uniti<sup>4</sup>.

#### 4. Quali suggestioni lascia Puccini al privatista?

Le suggestioni sono molte: da un lato le opere di Puccini descrivono la società nella quale egli viveva, le tensioni e i problemi sociali e offrono una possibilità di comparazione con la società attuale, in modo da cogliere differenze e cambiamenti.

<sup>2</sup> In questo senso cfr. COLOMBO, *Madama Butterfly e il diritto. Il Giappone di Puccini attraverso lo sguardo del giurista*, in MASTRANGELO, MILASI, ROMAGNOLI (a cura di), *Riflessioni sul Giappone antico e moderno*, Roma, 2014, 153 ss., spec. 159 e ID., *L'esotismo nel diritto e nella musica: il caso della Madama Butterfly*, in RESTA (a cura di), *L'armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, Roma, 2023, 203 ss., spec. 209.

<sup>3</sup> LONG, *Madama Butterfly*, Boston and New York, (rist.) 1903.

<sup>4</sup> COLOMBO, *Madama Butterfly e il diritto*, cit., 157.

Questo vale anche per quanto concerne il diritto: pensiamo, ad esempio, a *Madama Butterfly*; i problemi giuridici che questa opera porta con sé sono molti, come dimostra efficacemente Giorgio F. Colombo nei suoi scritti<sup>5</sup>.

Quale legge regola il matrimonio fra Pinkerton e Butterfly? Il diritto giapponese o quello americano? Poteva essere validamente celebrato il matrimonio tra i due, visto che Cio-Cio-San era appena quindicenne nel momento in cui contraeva matrimonio? Cosa prevede il diritto applicabile in caso di bigamia, dato che Pinkerton, quando torna in Giappone, ha sposato l'americana Kate, pur essendo già sposato con Madama Butterfly? Poteva Pinkerton divorziare unilateralmente? Cosa prevedeva la legge applicabile in caso di abbandono della sposa e del figlio? Quale, tra i due genitori, avrebbe avuto maggiori chances di ottenere l'affidamento del figlio nato dall'unione? Il figlio di Madama Butterfly e di Pinkerton è cittadino americano, giapponese o ha doppia cittadinanza?

Tutte queste domande dimostrano come, in un'unica opera, si possa trovare materiale da lavoro per il privatista, per il comparatista e per l'internazionalprivatista oltre che, ovviamente, per lo storico del diritto.

La lettura di *Madama Butterfly*, infatti, offre spunti per una comparazione sia in senso sincronico che diacronico: possiamo infatti chiederci cosa prevedesse il diritto in vigore all'epoca in cui la storia è ambientata, cosa prevede oggi, come sono cambiati i concetti di famiglia e di matrimonio, quali differenze ci sono tra le regole applicabili in base al diritto nazionale dei personaggi e quelle che invece sarebbero entrate in gioco applicando il diritto italiano noto a Giacosa.

Evidentemente non è possibile affrontare e risolvere così numerosi problemi in questa sede; essi evidenziano, però, come la trama di un'opera possa essere fonte di ispirazione per il giurista.

Non possiamo neppure aspettarci di trovare in *Madama Butterfly* una soluzione o una risposta ai problemi che affliggono il giurista, anche se alcune battute del libretto dimostrano come vi fosse in Illica e soprattutto in Giacosa una consapevolezza delle peculiarità del diritto giapponese, posto che Pinkerton, quando parla della casa che acquistò in Giappone, afferma:

*“La comperai  
per novecentonovantanove anni,  
con facoltà, ogni mese,  
di rescindere i patti.  
Sono in questo paese  
elastici del par, case e contratti”.*

Evidentemente un giurista italiano, in base al codice del 1865, non avrebbe immaginato un acquisto della proprietà a termine né la possibilità di recedere annualmente

<sup>5</sup> Cfr, oltre alle opere già citate *L'avvocato di Madama Butterfly*, Pavia, 2016.

da un contratto. Viceversa, questi connotati, come meglio si dirà, contraddistinguono, almeno nella ricostruzione del giurista occidentale contemporaneo a Puccini, il diritto giapponese.

Non solo, il libretto dimostra anche come Giacosa si ponesse il problema della diversa legge applicabile al matrimonio, data la differente nazionalità dei nubendi<sup>6</sup>:

*Butterfly*

*Già legata è la mia fede*

*Goro e Yamadori*

*Maritata ancor si crede*

*Goro*

*Ma la legge...*

*Butterfly*

*Io non la so*

*Goro*

*...per la moglie l'abbandono al divorzio equiparò*

*Butterfly*

*La legge giapponese, non quella del mio paese*

*Goro*

*Quale?*

*Butterfly*

*Gli Stati Uniti*

*Sharpless*

*(Oh, l'infelice!)*

*Butterfly*

*Si sa che aprir la porta e cacciar la moglie per la più corta qui divorziar si dice. Ma in America questo non si può. Vero?*

---

<sup>6</sup> Sul punto si rinvia a COLOMBO, SUZUKI, YOKOMIZO, “*That may be Japanese Law... but Not in My Country!*” *Marriage, Divorce and Private International Law in Giacomo Puccini’s Madama Butterfly*, in ANNUNZIATA, COLOMBO, *Law and Opera*, Cham, 2018, 65 ss.

*Sharpless*  
*Vero...però...*

*Butterfly*  
 Là un bravo giudice, serio e impettito, dice al marito «Lei vuole andarsene? Sentiam perché?» ~ «Sono seccato del coniugato!» E il magistrato:  
 «Ah, mascalzone, presto in prigione!»».

## 5. Le opere di Puccini come un manuale di diritto privato

Dalle pagine che precedono si può desumere che l'ascolto delle opere pucciniane possa offrire allo studioso di diritto privato un'ampia antologia di istituti e di situazioni sulle quali riflettere e dalle quali trarre esemplificazioni utili a far comprendere come il diritto sia presente nella quotidianità, plasmando la vita delle persone, anche se queste non sempre ne sono consapevoli.

Cominciando dal libro primo del codice civile, in Puccini troviamo moltissimi riferimenti al diritto di famiglia: basti pensare, ad esempio, oltre alla già citata *Butterfly*, a *Suor Angelica*, a *Turandot* o a *La Rondine*.

*Suor Angelica*, prima di finire in convento, ha avuto una storia d'amore pur non essendo sposata. Da questa storia clandestina nasce un bambino, non riconosciuto dal padre, che tuttavia viene tolto alla madre, la quale viene mandata in convento per spiare il suo peccato d'amore. Particolarmente evidente la differenza di mentalità che contraddistingue la società pucciniana da quella moderna: se nel 1917 poteva ancora essere plausibile la vicenda di suor Angelica, pur essendo ambientata nel XVII secolo, oggi nessuno si sognerebbe mai di mandare in convento una ragazza madre per farle spiare un peccato; non solo, il figlio nato fuori dal matrimonio è ormai del tutto equiparato a quello nato nel matrimonio, tanto che non si parla nemmeno più di figli legittimi, naturali e illegittimi. In fine, se la vicenda di suor Angelica si verificasse oggi, la povera ragazza, anziché finire in convento, avrebbe potuto rivolgersi ad un giudice per chiedere il riconoscimento giudiziale della paternità, ottenendo così per il figlio un congruo mantenimento a carico del padre che, probabilmente, le avrebbe consentito non solo di evitare il convento, ma anche di mantenere la responsabilità genitoriale nei confronti del figlio.

In *Turandot* abbiamo invece una caricatura dell'istituto giuridico matrimoniale. Come noto, l'opera incomincia con un mandarino che annuncia pubblicamente un editto: Turandot, figlia dell'imperatore, sposerà quel pretendente di sangue reale che sarà capace di risolvere tre indovinelli da lei stessa proposti; colui però che non saprà risolverli verrà decapitato.

*“Popolo di Pekino!*  
*La legge è questa: Turandot la Pura,*  
*sposa sarà di chi, di sangue regio,*  
*spieghi i tre enigmi ch'ella proporrà.*

*Ma chi affronta il cemento e vinto resta,  
porga alla scure la superba testa!”*

Evidentemente una tale ricostruzione è del tutto fantasiosa: tralasciando l'esito infausto per l'aspirante nubendo perché si finirebbe fuori dal diritto privato, ci si potrebbe chiedere se sia valido subordinare il consenso matrimoniale a una scommessa. Naturalmente la risposta è negativa: il matrimonio è un atto che presuppone, come già ai tempi di Puccini, la più totale libertà dei nubendi. La promessa di matrimonio, come sappiamo, non obbliga a contrarlo, né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento (art. 79 c.c.); quindi, evidentemente, al pubblico di Puccini la vicenda appariva surreale e fantasiosa come appare surreale e fantasiosa all'ascoltatore moderno.

A cavallo tra diritto di famiglia e diritto successorio si trova suor Angelica, la quale riceve la visita in convento della zia principessa che, algida e distante, chiede un formale atto di rinuncia alla sua quota del patrimonio familiare, allo scopo di costituire la dote per la sorella minore Anna Viola, prossima ad essere sposa.

In questo caso non abbiamo una rinuncia preventiva all'eredità, oggi espressamente vietata dall'art. 458 c.c. in materia di divieto dei patti successori<sup>7</sup>: la zia Principessa ci informa, infatti, che l'eredità oggetto di rinuncia deriva dalla successione dei genitori della religiosa, morti ormai da molti anni, e il cui patrimonio è stato amministrato dalla stessa zia:

*“Il Principe Gualtiero vostro padre,  
la Principessa Clara vostra madre,  
quando venti anni or sono  
vennero a morte....  
(La vecchia si interrompe per farsi il segno della croce):  
mi affidarono i figli ancor fanciulli  
e tutto il patrimonio di famiglia.  
Io dovevo dividerlo  
quando ciò ritenessi conveniente,  
e con giustizia piena.  
È quanto ho fatto. Ecco la pergamena.  
Voi potete osservarla, discuterla, firmarla.  
...  
Di penitenza.  
Io debbo rivelarvi la ragione*

---

<sup>7</sup> Ai tempi di Puccini analogo divieto era contenuto nell'art. 1118, secondo comma, del codice civile, in forza del quale non si poteva rinunciare a una successione non ancora aperta né disporre contrattualmente riguardo ad essa. Allo storico del diritto il compito di accertare la possibilità di rinunciare preventivamente all'eredità nel ducato di Siena, durante il XVII secolo, epoca nella quale è ambientata la vicenda di suor Angelica.

*perché addivenni a questa divisione:  
vostra sorella  
Anna Viola  
anderà sposa”.*

Se in questo caso non abbiamo una rinuncia preventiva all'eredità e se, quindi, suor Angelica avrebbe potuto rinunciare alla successione, abbiamo però la violazione di un altro divieto, quello di costituzione della dote, oggi espressamente previsto dall'art. 166 *bis* c.c. (È nulla ogni convenzione che comunque tenda alla costituzione di beni in dote), introdotto dalla legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 (art. 47 della L. 19 maggio 1975 n. 151). All'epoca di Puccini, invece, la dote era consentita dall'ordinamento ed era quindi ben nota agli spettatori.

Quando si parla di Puccini e diritto successorio, però, la mente non può non andare al *Gianni Schicchi*. Gianni Schicchi<sup>8</sup>, famoso in tutta Firenze per il suo spirito acuto e perspicace, viene chiamato in gran fretta dai parenti di Buoso Donati, un ricco mercante appena spirato, perché escogiti un mezzo ingegnoso per salvarli da un'incresciosa situazione: il loro congiunto ha infatti lasciato in eredità i propri beni al vicino convento di frati, senza disporre nulla in favore dei suoi parenti.

*“Dunque era vero! Noi vedremo i frati ingrassare alla barba dei Donati!”.*

Inizialmente Schicchi rifiuta di aiutarli a causa dell'atteggiamento sprezzante che la famiglia Donati, dell'aristocrazia fiorentina, mostra verso di lui, uomo della «gente nova». Ma le preghiere della figlia Lauretta (romanza «O mio babbino caro»), innamorata di Rinuccio, il giovane nipote di Buoso Donati, lo spingono a tornare sui suoi passi e a escogitare un piano, che si tramuterà successivamente in beffa. Dato che nessuno è ancora a conoscenza della dipartita, ordina che il cadavere di Buoso venga trasportato nella stanza attigua in modo da potersi lui stesso infilare sotto le coltri, e dal letto del defunto, contraffaccendone la voce, dettare al notaio le ultime volontà.

Così infatti avviene, non senza che Schicchi abbia preventivamente assicurato i parenti circa l'intenzione di rispettare i desideri di ciascuno, tenendo comunque a ricordare il rigore della legge, che condanna all'esilio e al taglio della mano non solo chi si sostituisce ad altri in testamenti e lasciti, ma anche i suoi complici. Qui il primo problema che un legale si porrebbe oggi è quello di stabilire se ci sono degli eredi legittimari di Buoso Donati, che sono stati danneggiati dalla disposizione testamentaria e che quindi possono agire in riduzione, al fine di ottenere la reintegrazione nella quota di legittima. Dal

<sup>8</sup> Sul quale si rimanda a SANZA, *Music and Law: Law in Lyrical Operas*, Gianni Schicchi by Giacomo Puccini. *The Harmony of the System*, in ANNUNZIATA, COLOMBO, *op. cit.*, 241 ss.

libretto non risultano eredi legittimari, abbiamo infatti soltanto una cugina e un cugino di Buoso e un suo nipote. Ne consegue che i frati possono ben essere individuati eredi di Buoso, mentre i suoi parenti non hanno alcuna possibilità di invalidare la disposizione testamentaria. Il convento, quindi, può essere istituito erede e potrà impugnare il falso testamento oltre che agire nei confronti del notaio, che ha omesso di accertare l'identità del testatore al momento della redazione del testamento.

Passando dalle successioni alla proprietà e ai diritti reali possiamo citare i pegni di *Bohème*, che non possono essere costituiti in giorno di Vigilia; ma il brano più interessante è sicuramente quello che viene riservato alla proprietà in *Madama Butterfly*.

Il passaggio, lo abbiamo già citato:

*“La comperai  
per novcentonovantanove anni,  
con facoltà, ogni mese,  
di rescindere i patti”<sup>9</sup>.*

Di fronte a queste righe il giurista europeo è ovviamente scettico: la proprietà si acquista in modo pieno, senza facoltà di recedere mensilmente. Dobbiamo quindi chiederci se Pinkerton avesse effettivamente acquistato una casa in Giappone. Ci si potrebbe anche chiedere, poi, se, secondo il diritto giapponese, uno straniero possa acquistare un immobile. Ma, a prescindere da questi problemi, qui sembra più corretto ipotizzare che, più che acquistare la proprietà dell'abitazione, Pinkerton abbia concluso un contratto di locazione e questo sembra confermato da un passaggio contenuto nel II atto, quando Cio-Cio-San, per convincere Suzuki del fatto che Pinkerton tornerà, le dice:

*“Perché dispone  
che il Console provveda alla pigione,  
rispondi, su!  
Perché con tante cure  
la casa riforni di serrature,  
s'èi non volesse ritornar mai più?”.*

Evidentemente se il Console paga la pigione per Pinkerton è perché egli non è proprietario, ma semplice conduttore: la confusione fra compravendita e locazione è forse

<sup>9</sup> Successivamente Pinkerton dichiarerà:

*“Così mi sposo all'uso giapponese per novcento novantanove anni.  
Salvo a prosciogliermi ogni mese”.*

Pinkerton sta facendo un paragone fra il regime giuridico dell'immobile che ha acquistato in Giappone e quello del matrimonio che è prossimo a contrarre: la frase dimostra che egli considera il vincolo matrimoniale particolarmente debole, tanto che può recedere *ad nutum*, in qualsiasi momento.

dovuta a un fraintendimento del testo di Long, da parte dei librettisti italiani. Long evidentemente aveva in mente il *leasehold* e il *freehold* nel *common law* britannico e considerava Pinkerton *leaseholder*, anziché *freeholder*<sup>10</sup>; da qui l'obbligo di pagare "la pigione" e la spiegazione della durata di 999 anni del diritto che Pinkerton dichiara di aver acquistato.

La casa di Pinkerton consente di passare dal libro terzo al libro quarto del codice civile. Pinkerton dichiara, infatti, che, con riferimento alla sua abitazione, ha:

*“facoltà, ogni mese,  
di rescindere i patti.  
Sono in questo paese  
elastici del par, case e contratti”.*

In questo passaggio abbiamo un riferimento ai contratti “flessibili” e alla tradizionale avversione della cultura giapponese al formalismo giuridico<sup>11</sup>, rispetto al quale sono preferiti accordi elastici, incentrati sul rapporto tra le parti, più che sul contenuto letterale della convenzione<sup>12</sup>.

*Bohème* inizia con dei giovani morosi nel pagamento del canone di locazione che intendono aggirare le pretese creditorie del padrone di casa, facendo presente che egli, pur essendo felicemente sposato, è stato visto “L'altra sera al Mabil” dove è stato “colto in peccato d'amor!” e “gongolava arzilla e pettoruto” tanto che “a lui cedea, la femminil virtù!” di “qualche donnetta allegra”. Al Mabil, evidentemente, si era soliti concludere contratti che oggi sono esempi da manuale di applicazione dell'art. 2035 c.c.

Come pure possiamo considerare contrario al buon costume e all'ordine pubblico e quindi nullo il contratto tra Scarpia e Tosca.

Ne *La fanciulla del West*, invece, troviamo la differenza tra giuoco e scommessa. Infatti, se per alcuni i due termini esprimono lo stesso concetto, per altri essi descriverebbero due situazioni diverse e la differenza consisterebbe nel fatto che solo nel giuoco la puntata viene posta in essere dalle stesse persone che prendono parte alla partita o alla gara<sup>13</sup>.

Quando i minatori giocano a carte nel saloon avremo quindi un'ipotesi di giuoco, mentre quando puntano sui numeri avremo una scommessa. È vero che la distinzione

<sup>10</sup> Sulle differenze tra *freehold* e *leasehold* cfr. RICHARDS, *Property Law*, Oxford, 2021, *passim*.

<sup>11</sup> Cfr. NODA, *Introduction au Droit Japonais, Les Systèmes de Droit Contemporains*, vol XIX, Parigi, 1968.

<sup>12</sup> Cfr. COLOMBO, *L'esotismo nel diritto e nella musica*, cit., 212; KITAGAWA, *Use and Non-Use of Contracts in Japanese Business Relations: A Comparative Analysis*, in BAUM (a cura di), *Japan: Economic Success and Legal System*, Berlino, 145 ss.; UPHAM, *Weak Legal Consciousness as Invented Tradition*, in VLATO (a cura di), *Mirror of Modernity: Invented Traditions of Modern Japan*, Berkeley, 1998, 48 ss.

<sup>13</sup> Sul tema cfr. tra i tanti, PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003; BALESTRA, *Giuoco e scommessa*, in *Trattato dei contratti*, IV, *Opere e servizi*, dir. da Roppo e Benedetti, Milano, 2014, 599 e COGGIOLA, *I contratti di gioco e scommessa*, Torino, 2022, 46 ss.

tra giuoco e scommessa, all'atto pratico, ha scarsa rilevanza, posto che, in entrambi i casi, ci troviamo di fronte a un contratto aleatorio, in quanto l'esistenza delle prestazioni o la loro entità dipende da un evento del tutto indipendente dalla volontà delle parti, tuttavia appare utile sottolineare come, attraverso il libretto dell'opera, si possano cogliere le sfumature tra le due diverse ipotesi.

Ne *La Fanciulla del West* abbiamo un altro particolare degno di attenzione per il giurista: all'interno della Polka è affisso un avviso di taglia di 5000 dollari, nel quale si leggono chiare le cifre, il nome "Ramerrez" e la firma "Wells Fargo". La taglia, come noto, è una ricompensa in denaro promessa dalla pubblica autorità o da un privato a chi scopra, catturi o faccia catturare l'autore di un delitto. Per il privatista si tratta di una promessa al pubblico, disciplinata dall'art. 1989 c.c., in forza della quale si promette una prestazione (il pagamento dei 5000 dollari) a chi consenta di individuare il ricercato<sup>14</sup>.

Gli esempi potrebbero continuare ancora a lungo, ma le ipotesi riportate sembrano sufficienti a dimostrare la rilevanza dell'elemento giuridico nelle opere pucciniane, le quali, come si è detto, possono essere esaminate come un'antologia di casi di diritto privato.

## 6. Conclusioni

Se nell'opera lirica in generale i riferimenti agli aspetti giuridici della vita umana sono frequenti<sup>15</sup>, anche se spesso sfuggono all'ascoltatore, rapito dalle armonie e affascinato dalle scenografie, una tale conclusione è ancora più vera per le opere di Puccini, nelle quali il diritto è presente in modo pervasivo: la ragione di ciò va principalmente individuata nel fatto che le opere di Puccini obbediscono ai dettami del melodramma veristico e quindi il musicista e i suoi librettisti hanno spesso tratto ispirazione, per le loro trame, da episodi della vita reale e, nella vita reale, si fa costantemente ricorso al diritto.

<sup>14</sup> Cfr. LUCCI, *Delle promesse per pubblici proclami*, Napoli, 1893.

<sup>15</sup> Più in generale sul rapporto tra diritto e musica si vedano, tra i tanti, RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: «diritto e musica»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 435 ss.; ID., *Variazioni comparatistiche sul tema: "diritto e musica"*, in *Comparazione e diritto civile* ([https://www.comparazionediritto.civile.it/data/uploads/colonna%20sinistra/12-atti-di-convegni-e-seminari/urb\\_resta.pdf](https://www.comparazionediritto.civile.it/data/uploads/colonna%20sinistra/12-atti-di-convegni-e-seminari/urb_resta.pdf)) e MITTICA, *Diritto e musica. Ricerca e tendenze*, in *ISSL Papers*, Vol. 17 / 2024.

L'attenzione per il rapporto tra diritto e opera è diffuso: si vedano, tra i tanti volumi pubblicati sul tema ANNUNZIATA, ANNUNZIATA, *Prendi, l'anel ti dono... Divagazioni tra opera e diritto privato*, Cini-sello Balsamo, 2016; ANNUNZIATA e COLOMBO (eds.), *Law and Opera*, cit.; RESTA, *L'armonia nel diritto: contributi ad una riflessione su diritto e musica*, Roma, 2020; GIGLIOTTI, RIBERI, TRAVERSO (a cura di), *La sentenza è pronunciata. Rappresentazioni della giustizia nell'opera lirica*, Catanzaro, 2019; FERRERO, RIBERI, TRAVERSO (a cura di), *Diritto e opera. Itinerari di ricerca*, Roma, 2022.

Puccini, quindi, conferma quanto gli studi di diritto e letteratura proclamano: anche ascoltando un'opera, si possono avere lezioni di diritto privato<sup>16</sup>.

Gli istituti che si trovano nel codice civile entrano a piene mani nei capolavori della lirica che li raccontano, quasi con le attenzioni del giurista<sup>17</sup>: «perché matrimoni, testamenti, transazioni economiche, contratti fanno parte della vita quotidiana e quindi trovano posto persino nel teatro musicale che riflette le strutture sociali del proprio tempo»<sup>18</sup>. L'esame dei libretti d'opera, alla ricerca dei dati giuridici in essi contenuti, appare, oltre che un'operazione culturale stimolante, anche un'attività utile per comprendere, da un lato, come la società sia mutata e con essa sia cambiato anche il diritto, dall'altro come, invece, di fronte a certe questioni giuridiche, l'uomo non sia cambiato e le risposte che il diritto dà siano sempre le stesse.

---

<sup>16</sup> Se gli studi di diritto e letteratura sono generalmente considerati recenti, sembra importante ricordare che già nel 1923 Roberto Vacca, nell'opera *Il diritto sperimentale* (VACCA, *Il diritto sperimentale*, Torino, 1923, 245 ss.), invitava i giuristi allo studio delle lettere, come strumento utile a perfezionare la propria personalità e per comprendere la società e i comportamenti umani. L'anno successivo Calamandrei scriveva della necessità di educare i giovani studenti di diritto alla conoscenza letteraria, per «tenere insieme moralità e istituzioni» e per non considerare il diritto unicamente come una creazione artificiale separata dall'animo umano (P. CALAMANDREI, *Le lettere e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 2022 ss.). Nel 1936 Antonio D'Amato, partendo da posizioni idealiste crociane, affermava che diritto e letteratura sono due sfere omogenee, in quanto modalità di espressione della vita dello spirito (D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Milano, 1936, 14).

<sup>17</sup> Lo dimostra bene ANNUNZIATA, *Prendi, l'anel ti dono...* cit., il quale osserva come il teatro d'opera, per la sua intrinseca multimedialità ben si presta ad analisi di tipo "trasversale". Per esempio, le vicende che ci consegnano i grandi capolavori del teatro musicale europeo sono, assai di frequente, connotate da accadimenti che rilevano sul piano del diritto penale. Nelle vicende narrate dai libretti sono però molto spesso affrontate anche questioni che toccano la sfera, meno evidente, del diritto privato: si parla spesso di contratti, donazioni, testamenti, promesse di matrimonio, rapporti di famiglia, titoli di credito, questioni patrimoniali in genere.

<sup>18</sup> Così afferma ANNUNZIATA, in GAMBASSI, *Opera lirica. A lezione di diritto con Verdi e Wagner*, in *Avvenire* del 19 luglio 2016.





### Aiace e il mondo del diritto. Un'intervista a quattro voci

*Roberto Conti intervista Veronica Milone, Rita Russo  
e Antonio Balsamo*



#### Introduzione

Ogni opera letteraria, moderna o classica che sia, si consegna al lettore, esce dalla dimensione personale di chi l'ha composta ed entra in quella, altrettanto personale, di chi scorge in essa significati, impressioni, suggestioni.

Proveremo allora a condividere con i lettori qualche suggestione che la lettura-suggerita dall'Associazione Cammino e poi la visione, nel suggestivo scenario del Teatro di Siracusa, dei diversi volti della tragedia nell'*Aiace* di Sofocle ha provocato in alcuni "giudici", portatori di esperienze diverse all'interno del "giudiziario" ed accomunati, pur nella diversità di esperienze professionali, dal forte convincimento che l'idea di aprire il mondo del diritto alla cultura contenuta in saperi altri costituisca una delle nuove frontiere per il mondo dei giuristi.

Chi è, dunque, *Aiace*?

*Aiace* rappresenta una persona con tutte le sue debolezze, con un carico di personalità e dignità irripetibili tanto quanto lo è ciascun individuo. Per questo, la riflessione su *Aiace* e sul suo modo di intendere la vita, i suoi valori e la morte è riflessione sull'uomo, sulle sue debolezze, sulla sua unicità, sui suoi talenti.

*Aiace* è un uomo, un eroe-guerriero che vuole rivendicare il proprio valore. Considera ingiusta la decisione degli Atridi di consegnare a Ulisse-Odisseo le armi del suo amico Achille, morto in battaglia, e vorrebbe vendicarlo, uccidendo i responsabili di quella. È però il maleficio di Atena a fargli perdere lucidità e coscienza, al punto da indurlo a compiere una strage di animali, convinto di massacrare i suoi nemici. Venuto a conoscenza dell'inganno *Aiace* non riesce a sopportare il senso di vergogna per l'azione commessa e matura così il proposito suicidario, poi tragicamente realizzato.

L'Aiace di Sofocle non sembra ricercare la giustizia umana, anzi una rappresentazione di un farsi giustizia tutta personale, in nome degli Dei e dell'uomo. Una giustizia contro l'ingiustizia attribuita ad un corpo sociale che detiene il potere. Aiace si suicida per propria scelta e vuole così affermare la propria dignità – e quella di Achille, morto ma vivo nel suo ricordo e nel ricordo che le generazioni future devono mantenere, contro l'ingiustizia. Aiace vuole dunque contrastare ciò e chi (Odisseo) ritiene privo di quella dignità che, sola, avrebbe giustificato l'assegnazione delle armi di Achille. Per questo Aiace rivendica il diritto alla memoria di Achille e della gesta eroiche che quel guerriero aveva compiuto, in definitiva dissacrata dalla consegna delle sue armi ad Odisseo.

La tragedia di Aiace va dunque compresa da ogni operatore del diritto che maneggia la bilancia della giustizia, a dimostrazione del fatto di quanto la ricerca della verità sia davvero complessa e difficile.

La verità che Aiace affronta, ingannato dalle divinità alle quali comunque si affida al momento finale della sua esistenza, è diversa dalla “vera verità” che lui stesso si era rappresentato.

È proprio questa la difficoltà del giudicare: riuscire a discernere ciò che viene esaminato come verità nei fatti, rileggendoli attraverso le leggi e la giurisprudenza delle Corti e considerando anche che tutte le leggi devono rispettare i valori fondamentali delle persone. Un compito difficile, impegnativo.

La tragedia di Aiace è, dunque, tragedia dell'uomo che ritiene di avere subito un'ingiustizia proveniente da chi amministra la giustizia ed è, quindi, la tragedia dell'uomo che ritiene ingiusta la giustizia umana, tanto quanto quella divina. Per questo si accusa Aiace di superbia e di *hybris* nei confronti della giustizia umana e di quella divina – STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, 2022, 153 ss. Così si spiega il racconto del Nunzio sul rifiuto del suggerimento fattogli dal padre a “vincere sempre con l'aiuto di Dio”, sdegnosamente rifiutato da Aiace: *Padre, con il favore degli dèi anche chi è nulla può riportare vittoria; io ho fiducia di ottenere la gloria pur senza di essi*.

Tutto questo conferma l'insofferenza di Aiace al ruolo della giustizia umana che non riconosce, mostrandosi totalmente insoddisfatto rispetto all'affermazione delle regole democratiche e, dunque, al “passaggio istituzionale da una forma di giustizia basata sulla violenza e sulla logica della ritorsione a quella assicurata dal voto assunto dalla maggioranza dei giudici, come tale insindacabile in quanto emanazione di una terzietà prevalente rispetto all'unilaterale antagonismo tra Aiace ed Odisseo” – INNAMORATI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, in *Accademia*, 2023, n. 2.

Ma questa accusa reca con sé l'altra faccia della medaglia, quella del guerriero che, fedele al suo amico-cugino Achille, ne aveva protetto le spoglie compiendo atti eroici che, a suo avviso, avrebbero dovuto obbligatoriamente determinare gli Atribi ad attribuire a lui stesso le armi dell'eroe caduto. L'assegnazione delle armi ad Ulisse viene vista come scelta governata da logiche di favore, non nitide, non trasparenti, dettate dal calcolo e dall'astuzia. Aiace, rispetto a questo, è eroe solitario solipsista, combattente del mondo degli uomini e degli dèi.

Da qui la necessità che lui stesso avverte di porre fine alla propria esistenza.

Il proposito suicidario nasce da un lato dall'impossibilità di tollerare la decisione ingiusta sull'assegnazione delle armi di Achille a chi è da lui ritenuto "non meritevole" e dunque indegno di riceverne l'eredità. Dall'altra dalla vergogna dell'atto compiuto sotto l'influenza della dea Atena che ne aveva temporaneamente obnubilato la mente. L'idea che il popolo potesse deriderlo per gli atti compiuti contro il bestiame e dunque offuscarne l'immagine di eroe di guerra prende il sopravvento, inducendo Aiace all'unico atto possibile per riscattare la propria memoria e la propria dignità ma allo stesso tempo per ribadire il suo essere eroe di ogni tempo, consegnato alla storia con un atto ancora una volta espressivo della sua non comune personalità.

Si fronteggiano, così, più dignità, più valori. Aiace compie con il proposito suicidario un bilanciamento estremo fra valori. È un bilanciamento tutto personale e interno ai suoi valori – *Con quale faccia andrò da mio padre?* – o tutto proiettato verso altri valori esterni a lui, quali quelli del padre – *Come sopporterà di vedermi apparire nudo, senza onori?* – o del figlio – *Figlio, che tu sia più fortunato di tuo padre ma uguale nell'animo.*

Ecco così disvelato il "contesto" nel quale si inseriscono le riflessioni che seguono, apparentemente tra loro slegate, ma in realtà tutte avvinte dalla necessità di dare – recte, di provare a dare – soluzione ai dubbi che l'Aiace dimostra appartenere all'uomo di qualsiasi tempo quando si trova a ragionare sul tema della giustizia e dell'ingiustizia. Le diverse prospettive che il giurista può disegnare appaiono fortemente condizionate dall'esperienza professionale svolta, dalla tipologia degli interessi che si maneggiano volta per volta, dalla emersione, in modi ovviamente diversi, di bisogni o valori avvertiti come cogenti e non bilanciabili rispetto ad altri. Da qui prendono dunque l'avvio i percorsi tracciati dalle domande proposte agli intervistati, in modo da creare una rete solidarista al cui interno si collocano esigenze, bisogni, speranze, aspettative ed incognite rispetto al mondo della giustizia civile e penale. Il tutto nello spirito della rubrica che, evocando le "intersezioni", intende volutamente esplorare percorsi non convenzionali e, per questo, a volte aspri, che solo il lettore sarà chiamato a valutare liberamente. Resta soltanto, sommessamente, a chi scrive evidenziare quanto tutte le risposte si riannodano attorno ad un grumo di "parole", esse stesse cariche di significati e senso plurale che qui si proverà a sunteggiare, per comodità, appunto di chi si appresta ai seguenti: diritti fondamentali, dialogo fra le Corti, fare rete, cooperazione, verità e impostura. I tanti volti, non sempre coincidenti, che vengono fuori dalle risposte sono appunto quelli che tutti insieme abbiamo provato ad esprimere nella convinzione che essi stessi sono opinabili e meritevoli di ampie e diffuse revisioni, critiche, precisazioni, tanto quanto lo è l'idea stessa di giustizia che "apre processi e dialoghi, condivisione e confronti, e lascia sempre socchiusa una fessura per possibili sviluppi ulteriori" – M. CARTABIA, *Edipo Re*, in M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 78.

### **Premessa alla prima domanda.**

Cominciamo dunque ad avvicinarci alla figura di Aiace come membro della famiglia, per valutare l'impatto delle sue scelte all'interno del nucleo familiare di origine e di quello nucleare. Un fascio di relazioni e situazioni talmente magmatico ed intrecciato da scoraggiare l'interprete che volesse provare a metterlo in ordine dall'esterno, a trovare

una “regola”. Ecco dunque uno dei problemi che affronta la giustizia quando si accosta al tema della famiglia e delle relazioni familiari.

**Nei conflitti familiari quando è utile il ricorso alla ragione? O non è maggiormente utile ricorrere a strumenti di pressione diretta e indiretta come ad es. l'applicazione di sanzioni con funzioni di deterrente?**

**Aiace è per certi versi un eroe adolescente che sino ad un certo punto crede ciecamente in ciò che gli hanno detto il padre e i suoi superiori; vive in un mondo dove è il protagonista della storia e ad un certo punto traumaticamente si ritrova in una realtà totalmente diversa. La soluzione è il suicidio.**

**Nella crisi di coppia conflittuale i figli minori possono ritrovare una situazione che per certi versi è simile a quella di Aiace nel senso che il mondo in cui hanno creduto crolla improvvisamente lasciandoli privi di punti di riferimento. A volte la risposta di questi adolescenti traditi è simile a quella di Aiace e anche quando non giungono al suicidio mettono in atto strategia di autodistruzione. Ma è questo un campo in cui la giustizia può intervenire? Regolare un conflitto significa anche aiutare la parte debole del conflitto? E fino a quale punto questo aiuto può spingersi senza compromettere la terzietà del giudice?**

**Veronica Milone\***. I temi che mi vengono sottoposti evocano in me due immediate riflessioni.

La prima è quella che anche la tragedia di Aiace, come in generale la tragedia greca, pone al centro l'uomo e la sua fragilità, il suo essere in balia degli eventi che influenzano e vanificano la sua ambizione di dominio della propria esistenza.

Credo che possa considerarsi un dato di comune esperienza lo smarrimento che si prova di fronte di eventi inaspettati e traumatici che stravolgono le nostre esistenze e che all'improvviso dobbiamo fronteggiare, così come Aiace.

Sono esperienze di dolore e di disperazione che nelle loro multiformi e variegate sfaccettature e declinazioni impattano sulle nostre vite e ci costringono ad un confronto tanto inatteso quanto penoso.

E da questa constatazione muove la seconda riflessione che è quella generata dal contatto della vicenda dolorosa umana con il mondo della giustizia.

Il trauma originato dalla disgregazione del rapporto familiare porta sotto la lente della giustizia il peso del relativo dolore e, al contempo, conduce chi deve giudicare a sopportare il peso di amministrare la giustizia in situazioni dolorose, in una relazione biunivoca e circolare in cui la “tragedia” umana resta lo sfondo su cui operano le scelte tecnico-giuridiche del giudice.

Quindi se mi si chiede entro quali limiti si spinge l'intervento del giudice come figura terza rispetto al conflitto familiare ed entro quali limiti può intervenire in aiuto alle parti deboli del conflitto restando “terzo” io rispondo nei seguenti termini.

---

\* Pres. sez. famiglia Trib. Siracusa.

Come giudice chiamato ad amministrare giustizia in situazioni di conflitto familiare credo sia quanto mai opportuno mantenere una salda consapevolezza delle situazioni di dolore su cui si è chiamati ad intervenire e del fatto che l'approccio empatico con le parti in occasione dei contatti determinati dal processo può essere un utile strumento di intervento da mettere in campo per riuscire a smussare sterili contrapposizioni e incoraggiare le parti a praticare soluzioni di compromesso o ricorrere a interventi di supporto finalizzati a favorire la transizione post disgregativa familiare.

Quindi rispondendo al primo quesito direi che il ricorso alla ragione – e quindi l'esortazione del giudice a superare le contrapposizioni della coppia in crisi per il bene dei figli–, passa innanzitutto attraverso la capacità del giudice di fare breccia sulle parti e, specularmente, sulla disponibilità delle parti a raccogliere convintamente l'invito del giudice a “ragionare” nell'interesse prioritario della prole.

Di fronte a situazioni di elevata conflittualità sarà difficile che un giudice, per quanto capace di empatia e di persuasione rispetto alla necessità di scongiurare traumi ulteriori alla prole, possa riuscire a far “ragionare” la coppia e ad indurla ad abbandonare comportamenti ostruzionistici sino a qual momento praticati anche in danno della prole.

Il perseguimento di un tale obiettivo dovrà transitare attraverso interventi mirati sulla coppia genitoriale, nel migliore dei casi su sua stessa richiesta (come per es. in caso di nomina di un coordinatore genitoriale che intervenga sulle parti per il superamento dei conflitti della coppia o per il miglioramento dei rapporti con la prole) e nella maggior parte dei casi su “imposizione” del giudice, attraverso il ricorso a tutti gli strumenti processualmente a disposizione per la realizzazione “forzosa” della tutela della prole.

È bene, infatti, non dimenticare che l'impianto processuale che regola i conflitti familiari attribuisce un ruolo di assoluta centralità alla figura del minore che è il protagonista del processo e che prevale anche sulla tutela della bi-genitorialità.

Se poniamo mente a ciò ci rendiamo conto come il tema della terzietà del giudice nell'intervento a tutela della prole costituisca il nucleo centrale del processo perché attribuisce al giudice il compito di garantire la tutela del minore prima e al di là di ogni altro profilo, anche andando contro le rivendicazioni dei genitori e le prerogative genitoriali che trovano un limite nell'interesse preminente della prole.

Significativa è in questa direzione anche la previsione della nomina di un curatore speciale per il minore nelle situazioni di conflitto previste del codice di rito, con poteri che possono abbracciare la rappresentanza sostanziale degli interessi del minore, oltre che la rappresentanza processuale.

Se questo è, come è, il compito del giudice è altrettanto vero che il peso di tanta responsabilità deve articolarsi attraverso una sapiente ed accorta strategia di intervento proprio al fine di scongiurare il pericolo che il mezzo di tutela adottato possa rivelarsi un rimedio peggiore del male.

E così si ritorna al punto iniziale di riflessione: il dolore sotto la lente del giudice ed il peso di amministrare una giustizia “giusta” ossia in concreto adeguata alle necessità delle parti ed in special modo della prole minore.

I minori, spesso i veri sconfitti della disgregazione familiare e del mondo che li ha protetti sino ad un certo punto della loro vita, reagiscono a ciò nel modo più vario.

Nella comune esperienza il giudice entra in contatto con i minori spesso attraverso il loro ascolto diretto, ma anche indirettamente attraverso le relazioni dei soggetti specializzati incaricati a vario titolo di effettuare interventi a tutela della prole (il monitoraggio del nucleo familiare affidato ai servizi sociali, l'educativa domiciliare, l'incarico affidato al servizio di neuropsichiatria infantile, l'intervento del consulente tecnico d'ufficio e via dicendo) e acquisisce così un quadro quanto mai variegato di situazioni di dolore e di disagio minorile con cui è chiamato a misurarsi per mettere in campo le strategie di intervento a tutela dei minori più adeguate al caso concreto.

Si spazia così da interventi più blandi come l'invito ai genitori a comportamenti responsabili, all'adozione di misure sanzionatorie in funzione di deterrenza anche di natura economica – particolarmente utili in caso di genitore ostacolante economicamente capiente – e sino ad interventi estremi, come ad esempio il collocamento extrafamiliare o in comunità del minore laddove la permanenza del minore del proprio habitat familiare lo esponga a situazioni di grave pregiudizio, ovvero ancora la decadenza o la limitazione della responsabilità genitoriale.

Anche di fronte a comportamenti autodistruttivi dei minori sarà compito del giudice adottare, con il supporto degli operatori specializzati in campo psichiatrico e con ogni altro misura utile, le misure adeguate a scongiurare il rischio di pregiudizio all'integrità psicofisica del minore in coerenza con l'obiettivo di primario interesse alla vita del minore che il legislatore si prefigge.

Concludo osservando che a mio giudizio il giudice che tutela il minore anche da se stesso assolve al suo ruolo di organo *super partes* che l'ordinamento ha inteso attribuirgli quale garante della centralità processuale del minore nei giudizi aventi ad oggetto la disgregazione del rapporto familiare.

**Cara Rita, Veronica ci ha avvicinato davvero al nodo del ruolo del giudice nel pianeta famiglia.**

**Muovendo dall'attuale figura del giudice quali margini di intervento possiamo immaginare rispetto all'attuazione della regola come forma di comunicazione e cooperazione sociale e rispetto al superamento di asimmetrie nelle relazioni familiari sia di coppia che di filiazione? Che senso ha parlare di cooperazione nel mondo dei rapporti familiari?**

**Rita Russo\***. Non è semplice disegnare i contorni della figura del giudice nella società attuale, poiché la nostra è una società multiforme, plurale e incredibilmente veloce nelle sue trasformazioni e, sotto la spinta dei cambiamenti sociali, cambia di conseguenza anche il diritto e la giurisdizione. Pur nel mutare dei tempi, tuttavia, la funzione del giudice è sempre stata quella di assicurare l'effettiva applicazione delle regole che governano le comunità, piccole o grandi, che l'uomo fonda – o nelle quali si inserisce – per migliorare le proprie condizioni di scurezza e di benessere attraverso la cooperazione.

---

\* Consigliere della Corte di Cassazione.

Migliaia di anni fa l'*homo sapiens* scoprì l'importanza della cooperazione collettiva per conseguire sicurezza e prosperità e, al fine di consolidare i rapporti con i suoi simili, sviluppò una forma di comunicazione evoluta che attraverso la narrazione dei miti rafforzava i legami e disegnava ruoli sociali e modelli di comportamento. Così, scelse di raccontare attraverso il mito anche la giustizia; più tardi i greci perfezionarono questi meccanismi di comunicazione rappresentando i miti nella tragedia, che, come scriveva Aristotele nella Poetica, *“mediante una serie di casi che suscitano pietà e terrore, ha per effetto di sollevare e purificare l'animo da siffatte passioni”*.

La tragedia indica quindi un percorso di catarsi, intesa non in senso mistico, ma come razionalizzazione e contenimento delle passioni; il che in certa misura è anche il compito del giudice quando, dando concretezza ad una regola astratta, segna il limite al libero sfogo delle pulsioni individuali che potrebbero compromettere la stabilità della comunità organizzata, indicando cosa si può e si deve fare e cosa non si può e non si deve fare.

Per questa ragione vorrei rispondere alla domanda muovendo da alcune riflessioni sulla tragedia “Aiace” di Sofocle, dove è rappresentato il tema della giustizia, del giudizio, delle conseguenze di un giudizio ingiusto o percepito come tale, ma anche – e ne parlerò alla fine – l'evoluzione di un rapporto familiare asimmetrico.

Aiace si suicida anche perché si sente vittima di una ingiustizia, dato che le regole semplici ma chiare del suo mondo, le quali dicono che il valore guerriero rende grati i superiori e benevolenti gli dei, sono state stravolte. Egli è il guerriero più forte e più valoroso, dopo Achille, eppure le armi del cugino sono state assegnate al callido Odisseo e non a lui, per la ragione svelata da Agamennone nel secondo atto: la comunità si affida non ai colossi dalle spalle larghe, ma agli uomini di senno, perché solo costoro sono capaci di governare. Tuttavia, finché è stato utile mandare Aiace in guerra, gli è stato fatto credere che i colossi dalle spalle larghe sono i pilastri della società.

Da qui possiamo trarre una riflessione: il giudizio viene percepito come ingiusto quando le regole del gioco vengono cambiate in corso d'opera, oppure vengono applicate regole diverse da quelle in cui la comunità – o il singolo – ha riposto giustificato e ragionevole affidamento.

Il che pone con evidenza drammatica anche il tema della giustizia oggi, perché le regole del gioco sono assai complesse, molteplici, mutevoli, e ciò nonostante spesso inadeguate a dare risposta alle istanze sociali. Ed inoltre perché alla prevedibilità della decisione, intesa come valore, si affianca anche la necessità che la decisione si adatti al caso concreto operando, se necessario, le dovute distinzioni; nonché la necessità di rivedere le correnti interpretazioni a fronte di frequenti modifiche legislative non organiche e talora non coordinate con il sistema.

Il giudice si ritrova quindi a dover fare i conti da un lato con una molteplicità di fonti e con la necessità di interpretarle in senso orientato ai valori costituzionali nazionali e sovranazionali; e dall'altro con una società in velocissima evoluzione, specie nella materia dei diritti delle persone e della famiglia, il che rende piuttosto arduo il suo compito euristico, vale a dire il compito di cercare e trovare, nel sistema, la regola che meglio si adatta al caso concreto. Regola che, una volta trovata, va comunicata a chi ha posto la do-

manda di giustizia. E qui si innesta un interrogativo: come comunicare la regola di giudizio e la ragione per la quale si è ritenuta la regola adatta a dirimere la controversia? Ogni sentenza è di per sé una forma di comunicazione sociale e lo è per i contenuti della motivazione, che deve rispettare uno standard minimo, essere cioè idonea a far percepire le ragioni della decisione e a rendere trasparente il percorso mentale del giudice, ma anche per i tempi della risposta giudiziale e per le modalità procedurali che hanno condotto alla sua adozione. Se è vero che spesso la motivazione, per il suo necessario contenuto tecnico, è difficilmente comprensibile da chi non è addetto ai lavori, tempi e modi della decisione sono invece comunicazioni immediatamente percepibili da chiunque. Il cittadino potrebbe non sapere nulla di *vocatio in ius* e della differenza tra i termini perentori e quelli ordinatori, ma si rende conto se gli è stata data la facoltà di dire la sua nel processo oppure no, e se la sentenza è stata pronunciata in tempo utile a risolvere il suo problema. E forse, quando entra in un palazzo di giustizia e si guarda intorno mentre aspetta che il suo processo sia chiamato, si rende conto di quanto sia complessa la macchina che sta valutando, tra le altre, anche la sua vicenda.

Oggi l'intervento del giudice è sempre più inserito in un sistema di cooperazione molto elaborato, nel quale ogni pronuncia deve essere calibrata guardando all'ufficio nel quale si lavora, ai tempi degli altri procedimenti, all'esigenza di prevedibilità delle decisioni. Ma è anche, segnatamente nel settore della famiglia, espressione di cooperazione con le parti ed i loro avvocati. Il giudice deve applicare la norma, che è generale e astratta, ad un caso particolare, e nel ricostruire lo specifico caso non ha premesse certe a priori dalle quali muovere, meno che mai in un settore mobile quale è quello delle relazioni familiari; le premesse sono sempre discutibili e il luogo dove si discute della interpretazione delle norme e dell'accertamento dei fatti controversi è il processo, che non ha natura monologica, ma si sviluppa attraverso le reciproche contestazioni, dei fatti come della interpretazione delle norme di diritto, nel contraddittorio tra le parti.

Il giudizio non solo è una operazione umana, ma è anche e soprattutto il risultato di una attività corale della quale il giudice è chiamato a fare una sintesi; nei paesi democratici non possiamo immaginare un processo senza avvocati, un processo ove ci siano certezze precostituite o risultati prestabiliti.

Inteso in questi termini, come risultato di cooperazione, il giudizio serve anche a rimediare a quelle asimmetrie che nella realtà dei fatti rischiano di degenerare in negazione dei diritti se non prontamente rimediate, e segnatamente, all'interno dei rapporti familiari, rischiano di degenerare in situazione di sopraffazione del soggetto forte sul soggetto debole: sopraffazione non solo fisica ma anche economica e sociale.

### **Ed ha allora senso parlare di solidarietà nei personaggi dell'Aiace di Sofocle?**

**R.R.** Apparentemente "Aiace" è la tragedia delle contrapposizioni forti, della violenza come risposta all'ingiustizia; ma al tempo stesso è anche rappresentazione della solidarietà.

Aiace è solidale con la sua famiglia, intesa nel senso di discendenza maschile, e si suicida per salvarne l'onore, perché non ha il coraggio di comparire davanti al padre dopo

essersi coperto di ridicolo e per poter trasmettere al figlio, insieme allo scudo, il senso dell'onore e della dignità.

Inoltre, nella tragedia, Odisseo si rivela, oltre che eroe della intelligenza, eroe della solidarietà: dapprima compatisce Aiace per essere rimasto vittima della follia, debolezza umana cui tutti siamo esposti, e poi reclamerà la sepoltura per le spoglie del suo ex avversario, dicendo *“anche io un giorno voglio essere sepolto”*. Così il cinico Odisseo si trasforma, ai nostri occhi di lettori del terzo millennio, in Ulisse, l'eroe riveduto e corretto dalla cultura latina, ma soprattutto da Dante: un uomo che ha sete di conoscenza, libertà, ma anche valori radicati e si rifiuta di vivere come un bruto, preferendo seguire *“virtute e canoscenza”*.

Ulisse, perché da questo momento è più naturale chiamarlo così, ci rivela il senso profondo della solidarietà umana, che non è buonismo e non è ingenua fiducia nell'amore universale, ma rendersi conto, tramite l'intelligenza, la capacità di ragionare sul futuro e di progettare strategie a lungo termine, che gli uomini sono indissolubilmente legati tra di loro da interessi comuni e che difendere l'interesse del debole quando si è forti, significa difendere il proprio stesso interesse, in previsione della possibile o probabile, o ancora certa, futura propria debolezza.

**Dunque, Rita, secondo te ai giorni nostri quanto manca la solidarietà nelle relazioni familiari e personali. E quali esiti produce il deficit di solidarietà nei rapporti per questo sempre più tollerati come asimmetrici?**

**R.R.** Non saprei dire quanto manca oggi la solidarietà nelle relazioni familiari e personali perché il giudice, a differenza del sociologo, non opera una osservazione complessiva della società: davanti al giudice arrivano soltanto i casi patologici e sono casi patologici anche perché manca il rapporto solidale, vale a dire la capacità di vedere se stesso nell'altro e di venirgli incontro.

Se nelle relazioni familiari vi è solidarietà, anche nel momento in cui si verifica la crisi le parti restano capaci di mediare, di stabilire degli accordi economici equi, e soprattutto di cooperare per continuare a svolgere la funzione genitoriale. Se invece manca la solidarietà, inevitabilmente il rapporto degenera in un conflitto spesso difficile da gestire.

La posizione di asimmetria tra le parti è probabilmente una delle cause che impediscono la cooperazione; ed anche di questo nella tragedia e nel mito abbiamo una plastica rappresentazione. Aiace ha una compagna, Tecmessa, con la quale ha rapporto fortemente asimmetrico; la donna è una schiava preda di guerra, la cui famiglia è stata sterminata dallo stesso Aiace. È una donna priva di risorse economiche e familiari, la cui sopravvivenza, dignità, ruolo sociale, dipendono in tutto dall'uomo con cui vive, il quale sintetizza la loro relazione in due comandi: obbedisci e stai zitta. Aiace e Tecmessa non cooperano per un fine comune, ciascuno dei due cerca di salvare solo il proprio ruolo, non riescono a condividere miti, idee e valori e corrono così verso la rovina; lei non riesce a impedire il suicidio di lui, a lui non interessa lasciarla sola in un ambiente ostile. Il rapporto è – in ultima analisi – non solo asimmetrico, ma anche violento.

Nell'esperienza giudiziaria, non sono infrequenti i casi di relazioni familiari asimmetriche degenerate prima in aperto conflitto, e poi in vera e propria sopraffazione e violenza. Proteggere le vittime di violenza familiare già esplosa è molto difficile, nonostante anche per questo ci siano strumenti; sarebbe preferibile intervenire prima della *escalation* negativa riequilibrando le posizioni. L'intervento riequilibrante è una delle funzioni del giudice, il quale ha diversi strumenti a sua disposizione, e tra questi non è da considerare secondario lo strumento del riequilibrio economico. Molto spesso le situazioni di asimmetria dipendono anche da situazioni di diversa forza economica: qui l'intervento del giudice può essere più efficace perché le prestazioni economiche sono prestazioni per le quali è relativamente semplice l'esecuzione coattiva, quantomeno nei confronti di chi ha reddito o patrimonio da sottoporre ad esecuzione. Meno semplice invece è l'attuazione coattiva delle prestazioni infungibili cioè della "prestazione" genitoriale: se una persona non è un buon genitore, il giudice può attivare strumenti di *moral suasion*, applicare sanzioni con funzione deterrente, quale ad esempio la condanna ad una ammenda o al risarcimento dei danni, ma se la persona continua a mantenere un comportamento pregiudizievole per la prole non vi è altra strada che la limitazione della responsabilità genitoriale, o al limite anche la decadenza. In questi casi più che di tutela della relazione familiare sarebbe corretto parlare di tutela della persona esposta a pregiudizio dalla relazione familiare disfunzionale.

**Caro Antonio, partendo dall'Aiace, proviamo a portare la riflessione su un piano diverso, quello del diritto e della giustizia che è, come tutti noi pensiamo, centrale nella tragedia sofoclea. Un piano che è, in verità, esso stesso plurale, guardando alla dimensione sociale e collettiva della vicenda umana di Aiace, visceralmente intrecciata alle sorti del popolo e al fondamento stesso della giustizia dispensata dagli uomini. Ed allora, per iniziare, la soluzione dei conflitti è l'imposizione della forza o della ragione?**

**Antonio Balsamo\***. Ci sono sempre state due strategie, alternative tra di loro, per la soluzione dei conflitti. Una fa leva sulla "ragione della forza", l'altra sulla "forza della ragione".

La presenza di questa alternativa di fondo è evidentissima per i conflitti più gravi, di carattere bellico.

Tutta la cultura occidentale, sin dal suo inizio, è segnata da una profonda ambivalenza nei confronti del fenomeno della guerra: già nell'Iliade la glorificazione del valore guerriero convive con il pensiero critico, e tra le righe di un monumento alla guerra viene tramandata la memoria di un amore ostinato per la pace, come ha evidenziato Alessandro Baricco. Ancora più ambivalente è il rapporto tra la guerra e il diritto, che, secondo l'insegnamento di Norberto Bobbio, può articolarsi in quattro distinti modelli: la guerra come fonte del diritto, la guerra come mezzo del diritto, la guerra come oggetto del diritto, la guerra come antitesi del diritto.

---

\* Sostituto Procuratore generale della Corte di Cassazione.

Di questi modelli, gli ultimi due sembrano, sul piano teorico, nettamente alternativi tra di loro. Eppure, sono entrambi presenti già nel pensiero di Cicerone, che nella *Oratio Pro Annio Milone* enuclea la massima secondo cui *inter arma silent leges*, ma nel *De officiis* afferma che la Repubblica deve rispettare le leggi della guerra. Si tratta di un intreccio che ha finito per perpetuarsi in tutta l'elaborazione giuridica successiva, fino al tempo presente, in cui il divieto della guerra, sancito solennemente dalla Carta delle Nazioni Unite, si accompagna all'incessante tentativo di dettare le regole che la guerra deve rispettare (secondo una tradizione di pensiero che risale al *Politico* di Platone), e al sorgere di una forte domanda di giustizia per violazioni del diritto internazionale umanitario nel quadro di operazioni belliche.

La ricerca di una risposta a tale domanda è un compito estremamente difficile (del resto, già Kant avvertiva che la determinazione di ciò che costituisce diritto nella guerra è il problema più difficile del diritto internazionale), ma ha certamente un grande significato, sia sul piano della tutela degli interessi concreti sia sotto il profilo del valore meta-giuridico, giustamente sottolineato da studiosi come Antonio Cassese e Paola Gaeta, che hanno rilevato come nel settore dei conflitti armati il diritto costituisca un punto di riferimento morale e politico per la valutazione della correttezza del comportamento degli Stati.

Una importante funzione innovativa è stata assunta, in questo settore, dalla giurisprudenza italiana, che – nei diversi ambiti del giudizio di costituzionalità, del diritto civile e di quello penale – ha affermato una serie di principi di grande significato, che contribuiscono oggetto di un intenso “dialogo tra le Corti” in vista del rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali.

È un percorso difficile, dove a posizioni molto avanzate possono seguire brusche battute di arresto. Ma non c'è dubbio che l'idea che anche i conflitti più drammatici debbano affrontarsi con la “forza della ragione”, con le armi della giustizia, sta affermandosi progressivamente.

**Dici molto bene, Antonio. Ma quando la forza della ragione non dovesse prevalere, al punto da instillare nella collettività e negli individui un senso di “sfiducia”, quali sono gli anticorpi del sistema capaci di ricostruire la “fiducia”. Quando, dunque, il vinto crede che il giudizio sia “truccato” quale è il rimedio?**

**A.B.** Il rimedio non sta solo nelle regole del giudizio, ma anche e soprattutto nella cultura, nei valori comuni, nella capacità di costruire una profonda empatia, da parte del giudice e di tutti i protagonisti del processo.

Diceva Piero Calamandrei: “Il segreto della giustizia sta in una sempre maggior umanità e in una sempre maggiore vicinanza umana tra avvocati e giudici nella lotta contro il dolore”. Credo che sia proprio questa la strada per ricostruire la fiducia nella giustizia da parte di ogni persona.

È una grande lezione che si pone in continuità ideale con il significato più profondo dell'*Aiace* di Sofocle, nel cui prologo troviamo una visione illuminante, così espressa: «benché mi sia nemico, provo pena per questo sventurato e per il terribile destino che gli cammina accanto. E penso che ciò che capita a lui poteva capitare a me».

Sono queste le parole con cui Ulisse si rivolge ad Atena, che gli ha appena mostrato la follia nella quale è caduto Aiace per effetto dell'inganno da lei compiuto "facendogli balenare false immagini", ed ha aggiunto con tono di superiorità e quasi di scherno: «Lo vedi, Odisseo, quanto è grande il potere degli dèi? Fino a ieri, dove avresti trovato un uomo più lucido di Aiace, più accorto di lui nell'agire?».

La stessa Atena, dopo le parole di Ulisse, cambia tono, e replica con una riflessione ispirata a saggezza, senza alcun accanimento: «Le cose che hai visto ti insegneranno a non usare mai con gli dèi il linguaggio dell'arroganza, e a non gonfiarti di orgoglio qualora la forza del tuo braccio o il fiorire di un'immensa fortuna ti menano al di sopra di altri. Un giorno solo può distruggere e risollevare la sorte di un uomo. Gli dèi guardano con benevolenza chi si fa piccolo, e con ostilità chi si crede grande».

Già dal Prologo dell'*Aiace* di Sofocle, Ulisse manifesta una personalità molto diversa rispetto a quella che lo contrassegnava nei poemi omerici: più che il simbolo dell'astuzia e dell'avventura, egli diviene il simbolo dell'empatia, di un profondo senso di umanità che unisce ogni uomo nella consapevolezza di un destino comune.

Due aspetti, questi, che assumeranno una rilevanza centrale nell'Esodo della tragedia, dove Ulisse appare come il portatore di un'idea della giustizia capace di applicare leggi universali in una logica di inclusione e di riconciliazione.

È pieno di significato e di valori il ragionamento con cui Ulisse convince Agamennone a permettere la sepoltura di Aiace:

«Da quando mi furono assegnate le armi di Achille, Aiace diventò anche per me il nemico più mortale dell'esercito. Eppure, benché lui mi abbia odiato, io non posso ripagarlo con l'infamia; ché sarebbe un'infamia, se negassi di avere visto in lui, dopo Achille, l'uomo più valoroso fra tutti noi che siamo venuti a Troia. Anche per te sarebbe un atto indegno mancare di rispetto a questo morto, poiché non è Aiace che offenderesti, ma le leggi divine».

Quando Agamennone osserva: «Oggi vuoi fare di me un codardo», Ulisse replica: «Al contrario: voglio fare di te un uomo giusto agli occhi di tutti i Greci». Il Coro, poi, commenta: «O Odisseo, ora che hai mostrato chi veramente sei, solo un cieco potrebbe non riconoscere il senso di umanità insito in te».

Oggi, le parole di Ulisse sono una grande lezione per tutto il mondo della giustizia, vanno al cuore della sua identità più profonda, quella che rappresenta il volto più nobile del nostro Paese agli occhi dell'intera comunità internazionale.

Una identità che si è costruita su due pilastri: la passione civile – quella passione che è stata alla base delle scelte degli uomini che oggi tutto il mondo conosce come eroi della lotta alla mafia – e la difesa senza compromessi dei diritti fondamentali. Due aspetti che si incrociano e si rafforzano a vicenda, come due espressioni dello stesso coraggio, della stessa visione del futuro.

Il ragionamento, intriso di giustizia e umanità, che Ulisse sviluppa nell'*Aiace* di Sofocle, richiama da vicino il modo di pensare, e di essere, di quelle persone che hanno segnato la storia recente della nostra terra.

L'impegno per la tutela dei diritti di tutti, a cominciare dalle persone più vulnerabili, e la profonda empatia, sono due aspetti che hanno accomunato fortemente tutti gli eroi della lotta alla mafia.

Le persone, come me, si sono formate nella Palermo negli anni '80, hanno conosciuto la giustizia grazie a un magistrato che – proprio nel periodo in cui stava realizzando una autentica svolta nel contrasto alla criminalità organizzata e per questo era esposto a rischi pesantissimi – andava sempre a incontrare i giovani per avvertirli dei rischi (allora come oggi, enormemente sottovalutati) del consumo di stupefacenti, e ogni volta riusciva a parlare a loro come se fossero i suoi figli. Era Rocco Chinnici.

Su questo suo impegno, avrebbe poi scritto Paolo Borsellino: «questa lezione ai giovani è quella che ha dato più frutti. il suo risultato è sicuramente il più stabile punto di non ritorno dell'azione antimafia di Rocco Chinnici».

Particolarmente significativo è il ricordo di Cesare Terranova scritto nel 1982 da Leonardo Sciascia: “credo che il sentimento in lui più forte fosse quello della compassione, nel senso più vero: di soffrire con gli altri, di soffrire con le vittime – di «patire con quei che patiscono». E molti giudici si possono ricordare duri a misura di giustizia; ma pochissimi, credo, capaci di «patire con quei che patiscono»”.

Un magistrato come Giovanni Falcone, divenuto in tutto il mondo il simbolo della lotta alla criminalità organizzata, così esprimeva il suo pensiero sugli “uomini d'onore”: “Conoscere i mafiosi ha influito profondamente sul mio modo di rapportarmi con gli altri e anche sulle mie convinzioni. Ho imparato a riconoscere l'umanità anche nell'essere apparentemente peggiore; ad avere un rispetto reale, e non solo formale, per le altrui opinioni. Ho imparato che ogni atteggiamento di compromesso – il tradimento, o la semplice fuga in avanti – provoca un sentimento di colpa, un turbamento dell'anima, una sgradevole sensazione di smarrimento e di disagio con sé stessi. L'imperativo categorico dei mafiosi, di «dire la verità», è diventato un principio cardine della mia etica personale, almeno riguardo ai rapporti veramente importanti della vita. Per quanto possa sembrare strano, la mafia mi ha impartito una lezione di moralità. Questa avventura ha anche reso più autentico il mio senso dello Stato”.

Un esempio luminoso è stato lasciato da Rosario Livatino, che scriveva: «il sommo atto di giustizia è necessariamente sommo atto di amore se è giustizia vera, e viceversa se è amore autentico».

Questo tessuto di valori è il rimedio più efficace per restituire una piena fiducia nella giustizia a ogni persona, anche agli autori dei delitti più gravi.

**Possiamo dunque interrogarci sul perché Aiace crede che il giudizio per l'assegnazione delle armi di Achille sia stato truccato? Forse perché sono state applicate regole di giudizio diverse da quelle in cui lui crede. Aiace crede che il premio vada assegnato scegliendo l'eroe più forte e più valoroso in guerra: questo è ciò che gli hanno fatto credere per mandarlo in guerra contro i troiani, ma in verità le regole sono altre perché come dice Agamennone solo le persone di senno possono governare. Se non c'è chiarezza sulle regole non ci può essere fiducia nella giustizia. Questa chiarezza sulle regole come si persegue?**

**A.B.** Credo che questa analisi dello stato d'animo di Aiace colga nel segno. Essa evidenzia un problema attualissimo: quello della reciproca conoscenza, e della reciproca comprensione, tra giustizia e società.

Il tema della chiarezza sulle regole appartiene allo stesso fondamento del principio di legalità. Storicamente questo principio – già nel pensiero di Cesare Beccaria – tende principalmente a consentire ai cittadini di prevedere in anticipo le conseguenze delle loro azioni, in ossequio al principio di libera autodeterminazione. Ed è proprio in coerenza con questa ispirazione ideale che oggi il sempre più intenso inserimento del sistema penale nel contesto europeo sta producendo importanti effetti sul piano della scoperta di “nuove dimensioni” della legalità.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha fortemente valorizzato gli aspetti qualitativi di tale principio, che riguardano l'accessibilità e prevedibilità non solo delle fonti normative ma anche della giurisprudenza. Sul piano dei principi democratici, si tratta di rendere veramente effettiva l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e di accrescere la fiducia diffusa nella giustizia. E anche sul piano dell'efficienza del sistema giudiziario, si tratta di un fattore che può produrre effetti estremamente positivi.

Per questo, è importantissimo potenziare in nuove forme la comunicazione tra il mondo della giustizia e la società.

Anche per questa via, può svilupparsi un ruolo essenziale della magistratura di garanzia dei diritti umani come “leggi del più debole”.

Come ha sottolineato Luigi Ferrajoli, i diritti fondamentali hanno rappresentato altrettante conquiste di soggetti deboli contro le leggi dei più forti ed hanno corrisposto, ogni volta, a un “mai più” stipulato contro la violenza e la prepotenza generate dall'assenza di limiti e di regole. I diritti umani, e con essi ogni progresso nell'uguaglianza, sono sempre nati «dal disvelarsi di una violazione della persona divenuta a un certo punto intollerabile».

Una parabola ancora tutt'altro che conclusa, ma ricca di importanti significati, anche perché in essa si fondono la garanzia dei diritti e la loro internazionalizzazione.

I diritti fondamentali sono divenuti “il linguaggio comune dell'epoca attuale”, come ha evidenziato Gustavo Zagrebelsky. Di fronte alla sfida della diversità e del multiculturalismo, che rende molto più complessa e magmatica la società civile rispetto al passato, la realtà istituzionale dispone di uno strumento importante per ricercare la propria indispensabile base culturale unitaria. Questo strumento è dato da un impegno congiunto di tutte le istituzioni per la tutela dei diritti fondamentali, visti come la base su cui costruire il processo di integrazione e il dialogo tra le diverse identità proprio in una realtà polarizzata e con forte antagonismo.

La tutela dei diritti può così divenire uno strumento di inclusione, attraverso la valorizzazione della dignità di ogni essere umano. Una grande promessa del costituzionalismo moderno, che rappresenta il necessario strumento per una attuazione congiunta dei principi di libertà e di uguaglianza.

Oggi, il “dialogo tra le Corti” dei diversi Paesi può svolgere un ruolo essenziale per rispondere a sfide che hanno una dimensione che oltrepassa di molto i confini dei singoli Stati.

A partire dalla seconda metà del '900, è stata registrata una profonda evoluzione, che ha portato non solo alla rivalutazione del momento giurisprudenziale del diritto, ma anche alla reciproca integrazione tra le diverse giurisdizioni statali e le giurisdizioni internazionali.

I giudici dei singoli Stati operano ancora come organi della propria comunità, ma in prospettiva sono già portatori dei valori dell'intera comunità internazionale.

A queste profonde trasformazioni del ruolo della giurisdizione, se ne accompagnano altre che coinvolgono i diritti fondamentali.

Prima della Dichiarazione universale del 1948, i diritti dell'uomo avevano finito per appiattirsi sui diritti del cittadino, e a trovare spazio in un "universo" giuridico-positivo che coincideva con quello dell'ordinamento interno dello Stato. Ma la cittadinanza, se all'interno costituisce una base di uguaglianza, all'esterno opera come fonte di discriminazione nei confronti dei non-cittadini.

La consacrazione dei diritti umani nella Dichiarazione universale del 1948 e nei Patti internazionali del 1966 ha fatto di questi dei diritti non solo costituzionali, ma sovrastatali, trasformandoli in limiti non più solo interni, ma anche esterni alla sovranità dello Stato.

Attraverso una lunga evoluzione storica, si è tradotta in realtà la straordinaria intuizione di Francisco De Vitoria, che, nel teorizzare i fondamenti del diritto internazionale moderno, nel '500, aveva affermato la soggezione degli Stati al "diritto delle genti", in cui venivano inclusi "diritti naturali" modernissimi come lo *ius communicationis* e lo *ius migrandi*.

Si tratta di una prospettiva fortemente coerente con uno dei più significativi profili innovativi presenti nella Costituzione italiana, che è stata concepita in una fase storica – quella seguita alla conclusione della Seconda guerra mondiale – in cui maturava con forza l'idea di una "elevazione della libertà individuale dal piano interno al piano internazionale", come diceva Calamandrei. Nei giuristi che stavano impegnandosi a riscrivere la Carta dei diritti fondamentali, era ben salda la consapevolezza che la salvaguardia delle libertà costituzionali dei cittadini – senza le quali non può esservi democrazia – sarebbe divenuta molto più efficace se, oltre ad essere assicurata da una Costituzione rigida, fosse stata portata su un piano internazionale.

Nel pensiero giuridico contemporaneo, è da tempo maturata la consapevolezza che il processo di democratizzazione del sistema internazionale, e la ricerca di una soluzione pacifica dei conflitti, non possono svilupparsi senza una graduale estensione del riconoscimento e della protezione dei diritti dell'uomo al di sopra dei singoli Stati, come osservava Norberto Bobbio.

L'effettività del nuovo ruolo che, in questo contesto, il giudice sta assumendo per la tutela dei diritti fondamentali passa necessariamente attraverso una convinta valorizzazione delle garanzie insite nei principi costituzionali di indipendenza e autonomia della magistratura.

In questo momento storico, le ragioni che spinsero nel secolo XVIII i teorici dello Stato di diritto – da Montesquieu a Beccaria e a Kant – ad affermare il principio della separazione dei poteri sono attuali come non mai. La lucida visione dell'essenza dello

Stato costituzionale espressa nel pensiero di Montesquieu – secondo cui “non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere esecutivo e da quello legislativo” – e nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 – che esplicita che “ogni società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti né è stabilita la separazione dei poteri non ha Costituzione” – acquista un intenso significato in questa fase storica nella quale si profila con crescente energia il binomio inscindibile tra la salvaguardia dei diritti fondamentali e la posizione di indipendenza assegnata alla magistratura.

Ma – come avvertiva Giovanni Falcone – autonomia e indipendenza non significano affatto separatezza della magistratura rispetto alle altre funzioni dello Stato. Occorre fare in modo che “l’autonomia e l’indipendenza della magistratura, rispondano alle reali esigenze della società, siano funzionali alle esigenze della collettività e, come tali, vengano riconosciute come un valore da custodire e rafforzare da parte di tutta la società”.

**Proviamo ora a pensare a cosa sarebbe potuto accadere se Aiace fosse stato messo in condizioni di comprendere meglio la decisione sulle armi di Achille ed entriamo così, quasi a gamba tesa, sul tema della comunicazione della giustizia, assai attuale ai giorni nostri. Come si fa, secondo te, a rendere chiara e trasparente la comunicazione sulla funzione della giustizia e sulle sue regole?**

**A.B.** Ad esempio, potrebbero introdursi alcuni nuovi compiti dei dirigenti degli uffici giudiziari.

Un compito di indubbia utilità, la cui attuazione sarebbe agevolata dalla nuova struttura dell’Ufficio per il Processo, può consistere nell’assicurare la predisposizione di “guide sui diritti in azione”, relative alle più rilevanti questioni applicative, e contenenti una ricostruzione, aggiornata e accessibile a tutti, dell’attuale volto del “diritto vivente”. Si tratta di un modello operativo che può trarre ispirazione dalle Guide diffuse dalla Corte europea dei diritti dell’uomo con l’esposizione della propria giurisprudenza sui diversi diritti, ed è stato già avviato in alcuni uffici giudiziari, come il Tribunale di Palermo, dove dal 2022 sono state rese disponibili alcune guide sui “diritti in azione”, redatte non solo in Italiano, ma anche in lingua inglese, e finalizzate a rendere consapevoli dei propri diritti, della propria dignità, e della tutela offerta dalla giurisdizione, anche i soggetti appartenenti alla categorie più vulnerabili e sotto-protette, come pure i familiari delle vittime dei più gravi episodi della strategia del “terrorismo mafioso”.

Un secondo compito, in linea con la visione scientifica (sostenuta da studiosi come Daniela Piana) secondo gli uffici giudiziari operano tanto meglio quanto più sono capaci di “fare rete” e di concretizzare l’idea di *accountability*, consiste nel programmare (in collaborazione con il mondo dell’avvocatura e con le altre istituzioni) una serie di iniziative di dialogo aperto sul territorio, partendo dalle realtà più difficili, allo scopo di riattivare i canali di comunicazione tra Stato e società, facendone scaturire una autentica “prossimità della giustizia”, capace di rafforzare il riconoscimento giuridico, la tutela e la realizzazione dei bisogni sociali emergenti, e divenendo un preciso punto di riferimento per tutte quelle fasce della collettività che rischiano altrimenti di essere strumentalizzate dalle più recenti strategie di “welfare criminale” messe in opera da organizzazioni di tipo mafioso e altre associazioni delittuose. Un significativo esempio in tal senso è offerto

dal “viaggio in Italia”, organizzato dalla Corte Costituzionale presso una serie di istituti penitenziari. È una prospettiva che potrebbe attuarsi in ogni circondario di Tribunale rivitalizzando lo strumento del Consiglio di Aiuto Sociale, previsto dall'Ordinamento Penitenziario del 1975 ma quasi mai applicato: uno strumento di straordinaria attualità per realizzare il “diritto alla sicurezza” che si congiunge indissolubilmente al diritto alla libertà nella logica della CEDU.

### **L'intelligenza artificiale ci può dunque aiutare in questo?**

**A.B.** Certamente, se impariamo ad usarla senza esserne usati.

Gli strumenti predittivi fondati sull'intelligenza artificiale ripropongono l'antica aspirazione illuministica verso un diritto pienamente conoscibile per i consociati, che è alla base del concetto di legalità nella prospettiva europea.

Si tratta di un potente fattore di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, e, al tempo stesso, di valorizzazione delle potenzialità del sistema della giustizia come strumento di inclusione sociale.

Ed è una ‘promessa’ che viene fatta dall'intelligenza artificiale proprio in un momento in cui quei valori vivono invece un momento di profonda crisi alimentata da molteplici fattori, specialmente in Italia, dove alla complessità del sistema multilivello delle fonti si è accompagnata una netta riduzione della collegialità nell'amministrazione della giustizia, verificatasi a partire dagli anni '90 del secolo scorso.

In quest'ottica, l'intelligenza artificiale sembra suggerire la possibilità di ricostruire nella realtà giudiziaria di oggi un ordine lineare, semplice, prevedibile.

Vi è però il rischio di ottenere un ordine dietro al quale si consuma in realtà una frattura antropologica e un'intera rivoluzione cognitiva in cui il reale si riduce al quantificabile e l'operare è destinato a prevalere sul pensare, come ha osservato Roberto Kosteris.

Gli strumenti finora realizzati con l'impiego dell'intelligenza artificiale servono a prevedere, sulla base delle passate pronunce, le future decisioni dei giudici in casi analoghi.

I vantaggi attesi dall'utilizzazione di simili strumenti sono una maggiore certezza del diritto (intesa in termini di “calcolabilità”); l'accrescimento della uniformità e coerenza degli orientamenti giurisprudenziali, con riduzione dei “contrastanti inconsapevoli”; una minore esposizione delle pronunce al “soggettivismo giudiziario” e ai rischi di parzialità; la riduzione dei tempi della giustizia, per effetto della maggior efficienza del processo decisionale, della deflazione delle azioni giudiziarie prodotto dalla consapevolezza del probabile esito del giudizio, dell'impulso all'ADR (*alternative dispute resolution*) che potrebbe trasformarsi in ODR (*online dispute resolution*); e, infine, la riduzione dei costi della giustizia.

Sono però stati prospettati svantaggi altrettanto significativi.

Risulta estremamente rischioso già di per sé l'appiattimento delle decisioni future su quelle passate. Lo stesso ruolo della Corte di Cassazione ne risulterebbe messo in crisi: l'idea (sostenuta da Calamandrei) di una Corte che si trova al centro di una «*dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita*»

*e dei rapporti economico-sociali»* si colloca agli antipodi di una “tirannia del precedente”, per giunta basata su una analisi matematica (e dunque quantitativo-statistica) di enormi masse di dati che possono indurre ad applicare meccanicamente ai fatti di oggi le soluzioni adottate per i casi verificatisi in passato. Anche principi come quello della soggezione del giudice (soltanto) alla legge, e la distinzione tra il ruolo della giurisprudenza e quello del legislatore, corrono il pericolo di ridursi ad una astrazione.

Formalmente, i risultati ottenuti tramite gli strumenti predittivi fondati sull’intelligenza artificiale esercitano, rispetto al giudice, la stessa influenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato. Ma, in realtà, questa influenza sarebbe enormemente accresciuta da cinque fattori: il c.d. *automation bias*, la impossibilità di contestare efficacemente il concreto funzionamento di algoritmi di estrema complessità e di sistemi informatici coperti da privative industriali, la tendenza alla burocratizzazione del giudice che rischia di essere allontanato dalle suggestioni culturali innovative della dottrina e dalle istanze concrete di giustizia fatte valere dall’avvocatura (tendenza, questa, che viene sicuramente accresciuta dall’insistente proposta di accrescere la responsabilità civile del giudice, una proposta che – per usare le parole di Rosario Livatino – “punisce l’azione e premia l’inazione, l’inerzia, l’indifferenza professionale”, esponendolo alla tentazione “più che di fare un provvedimento giusto, di fare un provvedimento innocuo”), il progressivo allontanamento del nostro sistema processuale dal modello accusatorio di un “processo di persone” per effetto della diffusione della trattazione scritta sia nel settore civile sia in quello penale, e la possibilità della “profilazione” dei giudici, che rischia di produrre una vera e propria “prigionia del passato” (non essendovi in Italia una normativa analoga a quella dell’art. L111-13 del *Code de l’organisation judiciaire* francese che prevede un divieto, penalmente sanzionato, di riutilizzare i dati di identità dei magistrati allo scopo di valutare, analizzare, comparare o prevedere le loro pratiche professionali, reali o supposte).

In mancanza di adeguati accorgimenti, anche i pretesi vantaggi sul piano della imparzialità delle decisioni giudiziarie potrebbero rivelarsi puramente illusori. Sotto quest’ultimo profilo, è significativa la riflessione compiuta dalla *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, adottata nel 2018 dalla CEPEJ (Commissione per l’efficienza della giustizia del Consiglio d’Europa), che ha sottolineato come una metodologia statistica possa produrre effetti discriminatori. In proposito, si sono richiamate le osservazioni prospettate dalla ONG ProPublica sull’algoritmo utilizzato dal software COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), che era stato sviluppato da una società privata ed utilizzato da alcune autorità giudiziarie statunitensi per valutare – sulla base di 137 domande completate con le risposte fornite dall’imputato o con le informazioni tratte dal casellario giudiziale – il pericolo di recidiva nell’ambito della commisurazione della pena. Questo metodo apparentemente “neutro” aveva però condotto alla stima secondo cui gli afroamericani avevano il doppio delle probabilità di recidiva, entro due anni dalla condanna, rispetto alla restante parte della popolazione. Si tratta, all’evidenza, di una conclusione che portava a legittimare, anziché correggere, i problemi connessi alla fragilità socio-

economica di alcuni settori della popolazione, rendendo più difficile l'accesso ai percorsi di riabilitazione e reinserimento sociale.

A ben vedere, la concreta incidenza dei vantaggi e degli svantaggi precedentemente elencati dipende in larga misura dalle modalità di impiego dell'intelligenza artificiale in funzione della prevedibilità delle decisioni.

Può svolgere un ruolo assolutamente positivo l'utilizzazione dell'intelligenza artificiale per agevolare la ricerca dei precedenti giurisprudenziali, purché sia accompagnata da precise misure che impediscano di attribuire al precedente una indebita funzione quasi-normativa, la quale porterebbe a confondere il ruolo del giudice con quello del legislatore.

Vi è uno spazio importante nel quale si può riconoscere un ruolo all'intelligenza artificiale nell'analisi giuridica. È quello dello sviluppo di una autentica cultura del precedente e della diffusione della conoscenza dell'insieme delle decisioni già assunte su casi analoghi, in funzione di un accrescimento della qualità e della profonda umanità del lavoro del rendere giustizia.

Si può creare così un antidoto al rischio di utilizzare le massime come "scorciatoie probatorie" che potrebbero esonerare il giudice penale dal suo ruolo essenziale di "giudice del fatto", di organo dello Stato che decide "in nome del popolo italiano", sulla base di un quadro di valori condivisi che ha nella Costituzione la sua stella polare.

In proposito, occorre tenere presente che la conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali nel nostro ordinamento è stata tradizionalmente attuata attraverso la diffusione delle "massime", che però presentano una struttura molto diversa dai "precedenti".

Il "precedente" rispecchia il caso concreto costituente oggetto della decisione, mentre la "massima" esprime il principio di diritto costituente la *ratio* della sentenza. Molto spesso, il caso concreto resta al di fuori della formulazione della massima; talvolta, un *abstract* di esso viene menzionato tra parentesi nella massima dopo l'enunciazione del principio giuridico.

Conseguentemente, dietro ogni massima possono esserci fatti molto diversi tra loro, e scelte decisionali fortemente differenziate in relazione ad una pluralità di fattori.

Si pensi, ad esempio, alla concreta applicazione della massima secondo cui "in tema di stupefacenti, la configurabilità del delitto di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, postula un'adeguata valutazione complessiva del fatto, in relazione a mezzi, modalità e circostanze dell'azione, ed a quantità e qualità delle sostanze, con riferimento al grado di purezza, sì da pervenire all'affermazione di lieve entità in conformità ai principi costituzionali di offensività e di proporzionalità della pena".

Per comprendere la effettiva qualificazione giuridica (con il connesso trattamento sanzionatorio) attribuita alle varie tipologie di condotte ricorrenti nella prassi applicativa, può quindi rivelarsi fondamentale il ruolo dell'intelligenza artificiale, la quale per questa via può divenire un grande fattore di attenzione al fatto concreto e di attuazione dei principi costituzionali di uguaglianza.

Ma per rendere effettivo questo ruolo, occorre adottare una strutturazione della sentenza che renda possibile l'identificazione immediata, da parte dell'intelligenza artificiale, dei fatti rilevanti.

L'esigenza di prevenire il rischio di "allucinazioni" da parte dell'intelligenza artificiale richiede, infatti, la diffusione di un "modello di sentenza", costruito sulla base dell'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed idoneo a divenire patrimonio comune del nostro sistema giudiziario, anche con il supporto della stabilizzazione dell'Ufficio per il processo.

Per questa via, è possibile agevolare sensibilmente la conoscenza del "diritto vivente" da parte di tutti, potenziando la libertà di autodeterminazione nei più diversi settori, dal mondo dell'impresa agli stranieri e alle persone più vulnerabili.

È inoltre auspicabile lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale finalizzati ad agevolare l'accesso dei cittadini alla giustizia con il superamento delle barriere culturali e linguistiche che ostacolano la partecipazione di tutte le parti ai singoli procedimenti.

Ad esempio, le nuove tecnologie possono rivelarsi estremamente utili per rendere possibile alle parti la presentazione *online* in modo assolutamente corretto degli atti introduttivi del procedimento e degli altri atti processuali di loro pertinenza, sulla base di modelli predefiniti e resi disponibili sui siti *web* dei diversi organi giurisdizionali. Peraltro, misure del genere possono trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui sia necessario prendere parte a un processo "transfrontaliero", da celebrare in un Paese diverso da quello in cui il soggetto risiede.

Altrettanto importante è il ruolo che gli strumenti tecnologici più moderni possono assumere per agevolare la traduzione in tempo reale di tutti gli atti processuali in favore dei soggetti che parlano una lingua diversa da quella del Paese in cui si celebra il procedimento, così rendendo possibile una piena partecipazione al giudizio di tutte le parti interessate.

Come ha sottolineato Giorgio Spangher, il futuro ci ha raggiunti. L'importante è collocare i nuovi strumenti della tecnologia entro un orizzonte di valori e di umanità che dà un senso profondo alla "lotta per il diritto" su cui si sono costruite la nostra storia e la nostra identità collettiva.

### **Cos'è la memoria e cos'è la dignità per Aiace?**

**Roberto Conti.** Ricordando le belle parole usate da Elena Lowenthal in un dialogo a due voci con Emanuela Navarretta, pronunciate in un podcast pubblicato sul sito della Corte costituzionale, è forse vero che la memoria sia elaborazione della capacità di stare sulla linea del tempo con la coscienza di dove siamo e della direzione da cui proveniamo ed il futuro immaginabile.

Aiace non vuole che la memoria, la sua memoria di eroe guerriero sia contaminata dal gesto folle compiuto per effetto dell'obnubilazione provocata da Atena. Né sopporta che l'ingiustizia dell'assegnazione delle armi ad Ulisse offuschi la memoria del suo legame con Achille, della sua affinità con il cugino, delle gesta eroiche che avevano caratterizzato la sua storia e quella di Achille, di quanto lui stesso si fosse speso per difendere le spoglie del cugino. Da qui l'idea che onorare la memoria personale con un gesto estremo vuol dire, anche, onorare la dignità del guerriero Aiace, dignità offuscata dagli dèi e dagli uomini, ma anche dignità dei "due guerrieri", Achille e Aiace.

Eppure Tecmessa invoca la memoria dell'amore che Aiace prova nei suoi confronti per cercare di dissuadere il suo amato dal proposito che ha compreso stia per prendere il sopravvenuto – *Non ti dimenticare di me. La memoria è un obbligo per un uomo se ha goduto. Non si fa niente per niente. Non è un uomo nobile quello che incassa il favore e non dà niente in cambio*–. Non riesce tuttavia nel suo intento, poiché quella memoria non è per Aiace prevalente, nel bilanciamento che egli stesso compie all'interno del suo animo. Uno scontro tragico e tremendo fra i valori della persona, destinati a trovare composizione nella scelta dell'uomo Aiace.

### **Il suicidio di Aiace è atto di amore?**

**R.C.** Suicidio e amore.

La dignità che Aiace avverte come valore irrinunciabile ed indisponibile è di tale rilievo da dovere essere anteposto ad altri valori della persona, fra i quali la vita stessa e il suo onore perduto (*il mio onore è morto come questa bestia*), l'idea nobile che di sé si dà il guerriero e che lo porta a dire che “chi è nato nobile deve o gloriosamente vivere o gloriosamente morire”. In queste ultime parole si materializza e disvela, forse, la componente eroica ed “amorosa” del suicidio.

Il suicidio è, così, un estremo atto di amore che Aiace esercita su sé stesso. Porre fine alla propria esistenza, pur dando atto del dolore del piccolo figlio Eurisace e della donna che ama, Tecnessa, per impedire che si ripeta ciò che di irripetibile quel passato ci ha consegnato ma, al contempo, per generare da quella memoria un futuro migliore. Dunque una fascia di valori che Aiace consegna al figlio con un gesto allo stesso tempo eroico, glorioso e tragico, il suicidio che lava nel sangue del guerriero il gesto del massacro della mandria di animali, il progetto criminoso di uccidere gli Atridi non realizzato, l'idea di tornare dall'eroico padre Telamone con quella dignità altrimenti perduta.

Dunque dignità, memoria, amore e verità. Si tratta di espressioni che colorano la tragedia di Aiace e vivono inscindibilmente, tenute insieme nel tumulto delle passioni dell'uomo.

Può dunque essere un atto contro la vita espressione di un atto di amore? Esiste un diritto al suicidio? Deve l'ordinamento considerarlo come tale? Ed è tale nel nostro ordinamento? Si può giudicare una scelta di questo tipo come “ingiusta”?

Forse in taluni casi assume le forme di una posizione giuridica incompressibile – v., volendo, CONTI, *Diritto, biodiritto, amore*, in *Giustiziainsieme*, 15 aprile 2024; TRIPODINA, *Non possedere più le chiavi della propria prigionia. Aiuto al suicidio e Costituzione tra libertà, diritti e doveri*, in *Biodiritto*, 27 agosto 2019, lo inquadra nella nozione di “libertà estrema e di fatto”, non potendosi riconoscere la possibilità di attuazione esterna; v. anche, MORRONE, *Il caso Cappato di fronte alla Corte costituzionale*, in MORRONE (a cura di), *Il “Caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum Quad. Cost.*, 12 ottobre 2018 – presa in considerazione dal legislatore, non punendo l'atto suicidario o l'intenzione di porlo in essere, invece sanzionando l'aiuto al suicidio – con le eccezioni ora di recente scolpita dalla nostra Corte costituzionale – sentt. nn. 242/2019 e 135/2024 –.

È dunque una posizione giuridica davvero sui *generis* soprattutto quando si fa espressione di un fascio di valori al cui interno campeggiano quelli della giustizia e del

contrasto con le ingiustizie del mondo degli umani e degli dèi, quello delle affinità con il valoroso guerriero ed amico in definitiva anche lui colpito nella sua dignità in ragione dell'assegnazione delle sue armi ad Ulisse. Lo è quando si offre alla comunità come espressione dell'amicizia, della *philia*, che Aiace vuole salvaguardare – soprattutto quando si rivolge ai suoi marinari – ... *unici amici della nave, voi solo rimedio alla rovina* – ed a Teucro – che ritorna, nella tragedia più e più volte, evocata da Tecnessa. Lo è, peraltro, ancora di più se si realizza con la spada del *mortale nemico* – Ettore – che è essa stessa espressione di riconoscenza e di dignità. Una dignità negata dai suoi compatrioti ed invece riconosciuta dal nemico, paradosso nei e tra i paradossi, al quale si attribuisce il ruolo di co-artefice dell'autodeterminazione di Aiace a porre fine alla propria esistenza. La spada del nemico diventa anch'essa strumento per fare memoria della dignità altrui e strumento capace di ridare ad Aiace quella dignità perduta da parte di chi – gli Atridi – non era suo nemico ma lo era divenuto.

La Corte costituzionale tedesca – 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16 – forse in maniera più nitida rispetto ad altre giurisdizioni apicali nazionali, ha chiarito che “il generale diritto della personalità (art. 2, co. 1, in combinato disposto con l'art. 1, co. 1, della Legge fondamentale, Grundgesetz – GG) comprende il diritto ad una morte autodeterminata. Questo diritto include la libertà di togliersi la vita e, a seconda dei casi, ricorrere all'assistenza fornita volontariamente da terzi per questo scopo. Laddove, nell'esercizio di questo diritto, un individuo decida di porre il generale diritto della personalità (art. 2, co. 1, in combinato disposto con l'art. 1, co. 1, della Legge fondamentale [2], Grundgesetz – GG) comprende il diritto ad una morte autodeterminata. Questo diritto include la libertà di togliersi la vita e, a seconda dei casi, di ricorrere all'assistenza fornita volontariamente da terzi per questo scopo.

Così afferma la Corte costituzionale tedesca:

208. b) *Di conseguenza il generale diritto alla personalità include come espressione della autonomia personale anche un diritto a una morte autodeterminata, il quale include il diritto al suicidio (aa). La tutela del diritto fondamentale si stende anche alla libertà di ricercare aiuto presso terzi a questo fine e, in quanto esso sia offerto, di ricorrervi (bb).* 209. (aa) *1. La decisione di porre fine alla propria vita ha un significato esistenziale per la personalità di un uomo. Essa è frutto della propria concezione di sé ed espressione fondamentale della persona capace di autodeterminazione e autoresponsabilità. Quale senso il singolo scorga nella sua vita, e se e per quali ragioni una persona possa proporsi di porre termine da solo alla propria vita dipende da concezioni e convinzioni strettamente personali. La decisione riguarda domande fondamentali sull'esistenza umana e tange come nessun'altra decisione l'identità e l'individualità dell'uomo. ... Il diritto di uccidersi assicura che il singolo può decidere autonomamente su di sé in conformità alla propria immagine di sé e con ciò tutelare la propria personalità ... Il diritto a una morte autodecisa è, in quanto espressione di libertà personale, non limitato a situazioni eterodeterminate. Il diritto di disporre sopra la propria vita, che riguarda il più intimo ambito della autodeterminazione individuale, in particolare, non è limitato a malattie gravi o inguaribili o a determinate fasi della vita e della malattia. Una restrizione dell'ambito di tutela a determinate cause e motivi condurrebbe a una valutazione delle motivazioni di colui che ha deciso di uccidersi e a una predeterminazione del loro con-*

tenuto che sono estranei al concetto di libertà della Costituzione. A prescindere dal fatto che una siffatta limitazione condurrebbe nella prassi a eccessive difficoltà di delimitazione, entrebbe in conflitto con l'idea, che caratterizza la Costituzione, della dignità 2... Il radicamento del diritto a una morte autodeterminata nella garanzia della dignità umana dell'articolo 1 § 1 della Costituzione implica addirittura che la autoresponsabile decisione circa il proprio fine vita non abbia necessità di alcuna motivazione o giustificazione. L'articolo 1 § 1 della Costituzione tutela la dignità dell'uomo come egli stesso si concepisca nella propria individualità e divenga consapevole di sé stesso (v. BVerfGE 49, 286; 115, 1). È determinante la volontà del titolare del diritto fondamentale, la quale si sottrae a una valutazione in base a comuni principi etici, precetti religiosi, modelli sociali per l'approccio con la vita e la morte o a considerazioni di obiettiva ragionevolezza .... L'autonomia sul proprio fine vita appartiene all'ambito più privato della personalità dell'uomo, nel quale egli è libero di scegliere i suoi metri di giudizio e di decidere alla luce di essi .... Questo diritto sussiste in ogni fase dell'esistenza umana. La decisione del singolo di porre fine alla propria esistenza secondo la sua idea di qualità della vita e della significatività della propria esistenza deve, in definitiva, essere rispettata dallo Stato e dalla società come atto di autodeterminazione. 211. (3) Il diritto di uccidersi non può essere negato con la motivazione che il suicida si privi della propria dignità poiché egli contemporaneamente rinuncia alla sua vita e al presupposto della sua autodeterminazione e con ciò alla sua posizione soggettiva... La vita e invero la base fondamentale della dignità umana (v. BVerfGE 39, 1<41 e seg.>; 88, 203; 115, 118). Da ciò però non può concludersi che un suicidio da ricondurre a una libera volontà sia in contrasto con la dignità umana garantita nell'articolo 1 § 1 della Costituzione. La dignità umana, che garantisce al singolo una vita in autonomia, non è in contrasto con la decisione dell'uomo capace di autodeterminazione e autoresponsabilità di uccidersi. L'autonoma disposizione sulla propria vita è piuttosto un'espressione immediata dell'idea insita nella dignità umana dell'autonomo sviluppo della personalità; essa è – benché l'ultima – espressione di dignità. Il suicida che agisca con libera volontà decide come soggetto sulla propria morte v. BVerfGE 115, 118). Egli rinuncia alla sua vita come persona autonoma e secondo il proprio obiettivo. La dignità dell'uomo è quindi non un limite dell'autodeterminazione della persona ma il suo fondamento: l'uomo resta poi tutelato come personalità autoresponsabile e riconosciuto come soggetto, e restano garantite le sue pretese al rispetto e alla considerazione quando può decidere sulla sua esistenza secondo propri autodeterminati criteri.

Chi può dunque giudicare l'atto di Aiace?

Non si vuole in alcun modo entrare nel merito delle ragioni esposte anche di recente dalla Corte costituzionale italiana per discostarsi dalle conclusioni sopra riportate.

Preme, invece, qui sottolineare come nelle argomentazioni del giudice costituzionale tedesco sopra ricordate sembra riflettersi la figura, certo complessa di Aiace, il fascio immortale di valori – dignità e onore – di Achille, di cui il primo si ritiene custode –... se Achille da vivo si fosse messo a giudicare gli eroismi di qualcuno, le sue armi non le avrebbe ottenute nessuno a parte me – ed al contempo la scelta suicidaria, autodeterminata, di non sopportare né la vergogna della strage dell'armento, né l'ingiustizia subita perpetuata con gli onori attribuiti ad Odisseo.

Un gesto suicidario, una scelta che non va giudicata, non avendo nessuno di noi la capacità di immedesimarsi nella persona di Aiace, nella sua dignità.

Forse è proprio questo uno degli insegnamenti universali che può venire dalla tragedia di Aiace. Non giudicare su ciò che non ti appartiene, ma appartiene allo scrigno dei valori di ogni uomo.

Forse, ancora, la sentenza della Corte costituzionale tedesca aiuta l'interprete a capire quanto siano presenti in Aiace amore e dignità, inscindibilmente collegati anche quando sembrano essere inconcepibili atti che fanno venir meno l'esistenza e dunque l'essenza dei diritti, la vita umana.

Cos'è, d'altra parte, la verità? Concetto al tempo stesso singolare e plurale, declinato in un tempo indefinito, probabilmente destinato a modificarsi e a mostrarsi in forme cangianti, oscure inizialmente quando si cerca, più nitide quando si ha l'impressione di possederla, ancora incerte quando le coordinate sono rese incerte da fattori che rendono instabile la verità "certa" sia essa o meno accertata da un atto umano, da una sentenza. Qual è la verità attorno al mondo che si disvela agli occhi di Aiace? La "verità" – ingiusta – che lo conduce a progettare il massacro degli Atridi, quella della mandria sterminata che Aiace individua come strage degli impostori, quella di Atena che nasconde ad Aiace la sua verità per impedirne la realizzazione? Impossibile rispondere...

Ma è forse propria da questo intreccio fra le *maschere* – che conducono quasi naturalmente ai personaggi pirandelliani, con le quali appare Aiace, al tempo stesso, eroe, assassino, iracondo, dolce, martire e carnefice che può nascere il miracolo di Aiace, la ricostruzione di un percorso di vita plurale, a più facce, nel quale convivono tanti volti quante sono le dimensioni dell'umano, sempre e continuamente cangianti in relazione ai momenti dell'esistenza, alle contingenze, agli attimi.

Una vita (ed una morte) plurale, dai tanti volti che ancora una volta, con Aiace, chiama il giurista ad interrogarsi sui grandi temi dell'uomo e del giudicare, sempre bisognosi di conferme e sempre messi continuamente in discussione dal dubbio, dall'incertezza, dall'emersione di aspetti ed elementi capaci di modificare l'idea stessa della verità prima raggiunta.

### **Può la tragedia di Aiace dare vita ad un miracolo?**

**R.C.** Forse sì. Ed è il miracolo della cultura greca, è forse quello di riuscire a tramandare alle generazioni di ogni età la complessità dell'agire umano sempre in perenne dialogo con il non umano.

Anche la rete giudiziaria delle scuole europee lo ha fatto, commendevolmente, dedicando ad Aiace il progetto di formazione dei giovani magistrati europei. Due volte l'anno i giovani magistrati di tutta Europa si riuniscono in varie città e mischiandosi fra loro discutono del loro futuro e del futuro che li circonda all'interno del Progetto Aiace.

Il programma di scambio che la Rete europea organizza ogni anno tra i giovani magistrati europei e che anche quest'anno si è svolto, in due diverse settimane, alla sede della SSM di Castelcapuano mira, dunque, a promuovere un senso di fiducia e di cooperazione tra magistrati che vivono in Paesi diversi, con legislazioni diverse ma che rappresentano tutti la "giustizia".

Quanto straordinaria è apparsa la scelta di un funzionario della Rete giudiziaria delle scuole europee – EJTN –, ripensando a quando decise di intitolare il progetto di scambio fra giovani magistrati ad Aiace. Sapeva tutto di Aiace, sapeva e conosceva nel profondo la complessità del personaggio di Aiace? Piace pensare che ne avesse ben presente il valore, il peso, la complessità e che così abbia consapevolmente fatto un dono enorme ai giovani magistrati europei, creando dei luoghi nei quali metterli insieme, superando le barriere linguistiche e alla fine assegnando ai vari soggetti che anno dopo anno organizzano i singoli incontri un ruolo di straordinaria importanza.

Quanti giovani magistrati ricorderanno la loro iniziale esperienza di confronto con colleghi di tutta Europa, grazie ad Aiace. Quanto fruttuoso è risultato quel corso sulla strada della solidarietà invocata da una delle partecipanti che, chiedendo aiuto al gruppo perché non ricordava un termine in inglese e ricevendone pronta risposta, ha sentito su di sé il mito e le migliori virtù di Aiace.

Ecco, allora, le ragioni del perché il miracolo di Aiace suicida continua e continuerà, in nome di una cultura classica che non è più solo greca ma appartiene a tutta l'Europa, a Siracusa, a quanti hanno creduto di ricordarne il valore.





### **Giuristi e diritto: tra pluralismo metodologico, coscienza critica, deontologia costituzionale (a proposito di: MARIO LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale*)**



Mauro Grondona

Prof. ord. dell'Università di Genova

1. Segnalo, anche questa volta, piuttosto brevemente e con molto ritardo (e il mio dispiacere, anche questa volta, è doppio: per la frammentarietà della segnalazione e per il ritardo nel farla) questo fondamentale (sotto molteplici aspetti, sui quali cercherò appunto di dire qualcosa nel corso di questa sommaria presentazione) volume di Mario Libertini<sup>1</sup>.

Fondamentale, in primo luogo, perché i saggi in esso raccolti toccano pressoché tutti gli snodi centrali di una materia mobilissima e anticipatrice quale è il diritto commerciale<sup>2</sup>, tanto in prospettiva storica quanto in prospettiva teorica; tanto rispetto a ciò che accade all'interno del diritto commerciale, quanto rispetto a ciò che accade all'esterno di esso, pensando qui, in particolare, ai rapporti tra diritto commerciale e diritto civile.

In ogni pagina del volume tale prospettiva (e anzi, e meglio: attitudine e vocazione) teorica è presentissima, venendo così a giocare un ruolo significativamente trasversale quella che sinteticamente e senza difficoltà possiamo anche chiamare 'sensibilità teorico-generale', intesa appunto in senso molto ampio, quale costante esercizio di ragionamento rigorosamente impostato e rigorosamente svolto, e quindi utile per ogni ambito giuridico. Di più. Usando qui parole rivolte da Libertini ad Ascarelli, e che benissimo

<sup>1</sup> LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, 2023, XVIII-522.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 305-306, in un importante passaggio (anche per quanto si dirà nel corso di questa segnalazione) in cui l'autore riconduce l'inattualità di Tullio Ascarelli, tra l'altro, alla circostanza che egli «aveva una grande vocazione "generalista": considerava il diritto commerciale – che amava per la sua grande storia e per la sua vocazione pionieristica e modernizzatrice – come una base di partenza per proiettarsi verso elaborazioni dottrinali e metodologiche riferibili all'intera esperienza giuridica o a materie non rientranti nei confini accademici tradizionali del diritto commerciale; mentre oggi prevale un orientamento specialistico in tutti i campi del diritto, ed anche fra i cultori del diritto commerciale».

possono ripetersi, con gli ovvi adattamenti cronologici, per il nostro autore, descrivendo esse, in modo sobrio e preciso, le principali caratteristiche appunto del Libertini studioso: un giuscommercialista, e dunque un giurista, che supera, proprio in relazione al problema del metodo, ogni autoreferenzialità e chiusura disciplinare e che si inserisce, ravvivandolo, rinnovandolo e arricchendolo, nel dibattito metodologico generale, anche grazie alla notevole proiezione internazionale. Parole, citate quasi alla lettera, che si leggono a p. 21 e che vanno messe allora in connessione con una centralissima professione metodologica fatta da Libertini, in cui ci si imbatte in chiusura di 'Introduzione' e da cui occorre muovere: «[C]iò che mi sembra davvero importante conservare, della tradizione disciplinare, è proprio quella vocazione generalista che si è, in passato, manifestata su due piani diversi. In primo luogo, quello della elaborazione di principi e concetti giuridici di carattere generale, cioè della dogmatica privatistica generale, in un contesto di valorizzazione della diversità di soggetti (imprese, grandi e piccole, consumatori, *stakeholder*) che si muovono all'interno dei multiformi scenari dell'economia di mercato. In secondo luogo, sul piano interdisciplinare, nel senso di valorizzare l'intreccio di discipline privatistiche e pubblicistiche, che condiziona oggi il concreto operare di quasi tutti i settori economici, e di confermare il metodo che richiede una previa, approfondita analisi dei fenomeni economici e degli interessi in conflitto, nonché un'attenta informazione comparatistica, come premessa per qualsiasi ricostruzione della disciplina giuridica di tali fenomeni. Credo che, in questa prospettiva, una discussione sul regolamento di confini fra i diversi settori scientifico-disciplinari – tra diritto civile e diritto commerciale, o tra diritto commerciale e diritto dell'economia – possa avere interesse solo ai fini dell'applicazione della legislazione universitaria attualmente vigente. Ciò che conta è che il compito della costruzione di principi e concetti di diritto generale dell'impresa e dei mercati non può essere privilegio (o onere) esclusivo dei cultori di alcuna disciplina» (XVII-XVIII).

Fondamentale, in secondo luogo, perché tutti i saggi raccolti nel volume (sarebbe infatti un errore limitarsi a scorrere le 'note di lettura', che contengono spesso riflessioni di spiccata rilevanza teorico-generale) muovono da una istanza di carattere metodologico, esprimendo essi una vera e propria esigenza politico-culturale di profondo impegno metodologico, che io ho inteso quale chiamata collettiva 'alle armi intellettuali' rivolta al ceto dei giuristi, onde sollecitarli, appunto in termini di collettività intellettuale (non di materie, non di scuole, o, assai peggio, di fazioni), a una complessiva e radicale riflessione metodologica, con l'obiettivo di mettere a punto un modello metodologico a largo spettro (dalla teoria delle fonti all'argomentazione, necessariamente passando attraverso il problema dei limiti e dei controlli di cui ogni potere deve essere trasparentemente destinatario) che tragga naturalmente beneficio da una sistematica opera di revisione, a partire dal presente ma che si estenda al passato (prossimo e remoto), per far sì che tale rinnovamento metodologico sia ovviamente e massimamente adeguato all'attuale contesto (un contesto da valorizzare anche e soprattutto nel senso sociologico di esso<sup>3</sup> – senza dunque

<sup>3</sup> *Ibid.*, 297, in nota 32: «In questo quadro [Libertini si riferisce al secondo dopoguerra italiano,

affatto chiudere le porte metodologiche alla intrinseca politicITÀ di ciò che accade e che diventa, o può diventare, giuridicamente rilevante, attraverso quell'operazione tecnico-politica che sostanzia l'interpretazione), non solo nazionale (e da questo punto di vista il diritto commerciale – ma io direi l'intero di diritto privato –, quale diritto del mercato, ha una intrinseca forza euristica particolare), ma pur sempre rivendicando la centralità di una determinata linea politico-culturale, in più pagine appassionatamente e trasparentemente difesa da Libertini: mi riferisco, ovviamente, a quel giuspositivismo critico che l'autore assume a concezione generale del diritto<sup>4</sup> e nel quale pienamente si riconosce (anche perché in tutti gli scritti di cui il volume è composto è ben evidente il suo contributo alla individuazione del contenuto teorico e operativo di tale giuspositivismo), divenen-

---

sottolineando come, «[n]on mettendosi in dubbio il dogma legalistico, il compito della dottrina veniva ridotto fra la retta esegesi e la sistemazione concettuale a fini puramente “teorici”», *ivi*] può intendersi veramente l'importanza, per la dottrina giusprivatistica italiana, dell'opera di T. Ascarelli, con il recupero (ché non si trattava certo di una novità in assoluto) di una prospettiva “sociocentrica” (se mi è consentita questa espressione) di fronte alla prevalente prospettiva “nomocentrica”».

<sup>4</sup> *Ibid.*, 194-195: «Il punto vero è però che il tema dell'apertura del processo interpretativo ai dati della cultura generale e alla realtà sociale, nonché all'impiego dei giudizi di valore, si pone per tutte le norme giuridiche: non solo per quelle a contenuto indeterminato, ma anche per quelle di dettaglio; e allo stesso modo si pone per le disposizioni di principio. Naturalmente il grado e il peso dell'apertura variano con il variare del contenuto del testo normativo. Questa apertura verso la realtà socioeconomica e culturale era negata nel giuspositivismo legalistico del passato. Ma si tratta di un atteggiamento superato: il riconoscimento di un ineliminabile apporto creativo nell'attività giurisprudenziale è generale, sicché è inutile attardarsi, oggi, nelle critiche ad un giuspositivistico legalistico puro, che nessuno difende come tale. Bisogna invece fare i conti con versioni critiche del giuspositivismo, che riconoscono che, nell'interpretazione giuridica, non si può fare a meno di giudizi di valore, che a loro volta possono essere tratti solo da un dialogo costante della giurisprudenza con le conoscenze tecnico-scientifiche e con le ideologie presenti nella società. Il punto, già fermato mezzo secolo fa da Bobbio e Scarpelli [e cfr. *ivi*, in nota 102: «Sulla stessa linea si poneva in quel torno di tempo, nella dottrina giuscommercialistica, l'insegnamento di Tullio Ascarelli»], è che il giuspositivismo dev'essere valutato (apprezzato o rifiutato) come ideologia giuridica, e non come una teoria descrittiva del diritto. In questa prospettiva il riconoscimento dell'esistenza di spazi di creatività giurisprudenziale non impedisce poi di affermare che la stessa debba essere temperata dal limite deontologico della fedeltà ai valori (storicamente fondati) di un ordinamento istituzionale dato (e accettato) e dal vincolo metodologico della continuità (coerenza) logico-semantica con i testi normativi formalmente accreditati come fonti. Questo vincolo, deontologico e metodologico, può porsi anche per l'interpretazione delle clausole generali: è possibile che anche la c.d. concretizzazione delle norme indeterminate sia fatta sulla base del principio di fedeltà ai valori dell'ordinamento e della continuità logico-semantica con le disposizioni di principio (anche se il limite della continuità, in questo caso, ovviamente si affievolisce, ma non scompare del tutto). In altri termini: l'idea che la norma “a contenuto indeterminato” comporti necessariamente una delega in bianco a valori sociali esterni alla volontà del legislatore non è fondata su argomenti stringenti; essa anzi ci riporta ad un tempo storico precedente all'affermazione degli attuali ordinamenti a base costituzionale rigida e quindi precedente all'idea che valori etici e politici potessero essere “normativizzati” in disposizioni di principio vincolanti per l'interprete, in sede di valutazione di legittimità e di interpretazione delle norme di rango inferiore».

do, tale concezione, così, visione deontologica complessiva della giuridicità, valorizzandosi in essa, necessariamente e giustamente, la prospettiva ideologica (per note ragioni storiche considerata, vuoi un vecchiume, vuoi una scoria di un cattivo ragionamento, ma così ovviamente non è mai stato, e non è neppure oggi), cioè, a sua volta, valorizzando una complessiva concezione della società e dei rapporti sociali, su cui il diritto interagisce – ed è ovvio che il modo stesso di pensare il diritto e al diritto è decisivo, rispetto al modo di utilizzare il diritto: in questo sta la ineliminabile e fondamentale componente ideologica<sup>5</sup> (necessariamente intrecciata con quella metodologica e deontologica) della concezione del diritto di Mario Libertini.

2. Sulla scorta dell'idea-cardine della vocazione generalista del diritto commerciale poco sopra richiamata, con la conseguenza che quest'ultimo va inteso quale diritto generale dell'impresa e del mercato, si può allora sottolineare un ulteriore aspetto del volume, che lo fa apparire, ai miei occhi di lettore, decisivo, ai fini di una riflessione ambiziosa e agguerrita (com'è appunto ambizioso e agguerrito il volume) sull'intera giuridicità contemporanea.

Orbene, dalle pagine di Libertini (come, per altri versi – ma, osservando le rispettive posizioni di entrambi gli studiosi, ovviamente più nella linea della divergenza che non della convergenza, tra i due: v. appunto il rilievo di p. 497, testo e nota 3, che a mia volta ho riferito qui sopra, in nota 5, *in fine* –, mi è capitato di scrivere pensando a molte recenti pagine di Francesco Viola, anch'egli appunto impegnato nella ricerca, febbrile e fiducio-

---

<sup>5</sup> Tra le molte possibili citazioni in tema, rispetto a quanto osservato nel testo, è significativa la seguente, nella quale Mario Libertini rivolge una critica, tanto garbata quanto ferma, a Giuseppe Terranova: «T. è contrario al primato del diritto giurisprudenziale, non perché questo non sia in grado di produrre certezza, ma per il difetto di legittimazione democratica della magistratura. Contestare l'interpretazione formalistica delle norme non significa passare da un modello di diritto legale a un modello di diritto giurisprudenziale. Queste affermazioni, per me condivisibili, si muovono su una linea di giuspositivismo critico, di cui si sarebbe attesa una più convinta professione, sul piano ideologico. Il libro è, sotto questo profilo, troppo fedele al suo programma di elogio dell'approssimazione, sì che il suo messaggio centrale è stato anche interpretato, e non senza argomenti, come espressione di realismo giuridico [il riferimento è a Salvatore Mazzamuto, il quale contrappone, come si legge a p. 479, in nota 5, il messaggio pacatamente ottimista sulla continuità di funzionamento della giurisprudenza di Terranova alla prospettiva, assai più allarmata, metaforicamente espressa dall'immagine dell'eclissi, di Carlo Castronovo]» (*ibid.*, 478-479). Può allora essere utile richiamare qui la parallela critica che Mario Libertini rivolge a Francesco Viola: Libertini qualifica ovviamente il diritto nei termini di una pratica sociale, ma proprio in quanto pratica sociale «ha bisogno di regole e di riflessione razionale sulle stesse [e cfr. quanto lo stesso Libertini ha affermato poco prima, ovvero che è proprio l'ineliminabile discrezionalità in sede applicativa a richiedere «un preciso impegno razionale nella scelta di una ideologia giuridica e di una metodologia prescrittiva», 497]. Che è cosa ben diversa [e qui il riferimento polemico è fatto appunto nei confronti di Francesco Viola: *ibid.*, nota 3] da una conclusione meramente pragmatica [sul diritto], nel[la] quale si fa omaggio alle tradizioni interpretative, al contempo escludendone la vincolatività» (497).

sa, dei fondamenti di una nuova teoria generale del diritto<sup>6</sup>, anch'essa adeguata tanto al contesto sociale quanto alla cultura giuridica del presente momento storico<sup>7</sup>), emerge chiarissima la prospettiva spiccatamente culturale e costruttiva, nel senso dogmatico e nel senso, più generale, di offrire ai lettori e alle comunità scientifiche di riferimento una teoria generale del diritto (o comunque numerose ragioni per muoversi in questa direzione) che «tenga conto di tutta l'evoluzione che gli ordinamenti moderni hanno avuto [dal diritto costituzionale con i suoi principi (oggi "multilivello"), al diritto amministrativo con la sua disciplina dei poteri funzionali, e naturalmente al diritto commerciale con la sua considerazione dell'impresa e dei mercati]» (50).

Il passaggio è significativo anche perché compare all'esito di una riflessione sulle «due tradizioni culturali del diritto civile e del diritto commerciale» (*ivi*), enfatizzando la circostanza che le differenze tra di esse «sono alimentate soprattutto da una regolazione della vita accademica, che impone procedure di selezione separate sulla base di differenze disciplinari talora arbitrarie» (*ivi*).

Nel caso di un autore qual è Mario Libertini le comunità scientifiche di riferimento non sono, beninteso, le semplici comunità disciplinari, ma le comunità di studiosi, vorrei dire più in chiave transdisciplinare che non semplicemente interdisciplinare, posto che, come ha ricordato di recente Sabino Cassese<sup>8</sup>, richiamando illuminate parole di Lucien Febvre, a mo' di invito a varcare con fiducia ogni frontiera disciplinare, «[n]on è all'interno di ogni scienza, ma alla frontiera tra le diverse scienze che si fanno le grandi scoperte». Per noi giuristi, la comunità scientifica di riferimento non dovrebbe essere pensata – per usare, ma in senso critico, la famosa espressione leopardiana – nell'ottica delle 'società strette' che, appunto, si stringono disciplinarmente intorno alle materie in cui 'il diritto' è burocraticamente suddiviso. All'opposto, la comunità scientifica di riferimento è l'intera comunità giuridica (e anzi, sotto molteplici aspetti è anche quella degli economisti e dei sociologi; direi di più: a veder bene, e come è giusto che sia, è la comunità che transdisciplinarmente si articola intorno all'intero ambito delle scienze umane e sociali; del resto, se il diritto è un meccanismo ordinante la realtà delle cose umane, o comunque una parte di tale realtà, è evidente che, indipendentemente da ogni altra considerazione strettamente tecnica, un qualche rapporto con questa realtà a esso preesistente dovrà pur averlo: e l'unica strada perché questo rapporto possa effettivamente realizzarsi è quella della conoscenza, che si consegue solo a partire da un metodo che permetta una costante espansione conoscitiva, cioè un intreccio prospettico di sguardi e di domande sui problemi. Da questo punto di vista non c'è dubbio che la purezza me-

<sup>6</sup> Ma va allora subito ricordato come lo stesso LIBERTINI, *Passato e presente*, 113, qualifichi la teoria generale del diritto come «disciplina [...] oggi piuttosto negletta».

<sup>7</sup> Proprio di Francesco VIOLA vanno viste alcune pagine recenti: *La filosofia del diritto nel cambio d'epoca*, in *Veritas et Jus*, 2024(28), 133-145, rese altresì disponibili su *Academia.edu*: [https://www.academia.edu/117677386/La\\_filosofia\\_del\\_diritto\\_nel\\_cambio\\_depoca](https://www.academia.edu/117677386/La_filosofia_del_diritto_nel_cambio_depoca), che è uno studio sulla filosofia del diritto intesa quale categoria generale.

<sup>8</sup> CASSESE, *Varcare le frontiere. Una autobiografia intellettuale*, Milano, 2024, in esergo.

todologica è sempre deleteria – se assunta quale canone metodico generale, e non già quale specifica prospettiva di ricerca: il che è ovviamente legittimo. Si apre allora, così, quasi spontaneamente, lo spazio, invero enorme, nel quale può svolgersi con pienezza ogni esercizio di pluralismo metodologico e disciplinare – del resto, nessun sapere può essere autonomo, perché nessun sapere basta a sé stesso).

**3.** Fatti questi rilievi a mo' di premessa minima, va detto almeno qualcosa sulla struttura e sul contenuto del volume.

Nel merito, non posso, purtroppo (per mia incapacità), passare in rassegna e discutere, uno per uno, tutti i contributi di cui il volume è composto; vediamo però com'è strutturato.

L'«Introduzione» che lo apre trasmette immediatamente il senso generale di questa raccolta (raccolta di saggi, sì, ma, come ho già sottolineato, ci sono innumerevoli fili di continuità culturale tra di essi, e la lettura complessiva di questi lavori fa emergere molto bene la prospettiva metodologica generale dell'autore, appunto contraddistinta da un giuspositivismo critico: v. in particolare le pp. 154-157; ma anche p. 34, nota 66, *in fine*, ove tale giuspositivismo critico viene qualificato come «ispirat[o] alle idee di Tullio Ascarelli e di Uberto Scarpelli [...]», e al quale viene poi accostato Claudio Luzzati<sup>9</sup>).

All'«Introduzione» seguono tre parti: «La dottrina del diritto commerciale» (3-106); «Diritto commerciale e diritto privato generale» (109-255); «I protagonisti» (259-5119). Segue un fondamentale (sempre, ma ovviamente in un'opera qual è questa) «Indice degli autori» (e molti fra essi, i più giovani, saranno ben lieti di trovarvi il proprio nome: Mario

---

<sup>9</sup> Il riferimento è a *La politica della legalità*, Bologna, 2005. Ma va richiamato l'intero passaggio: «Un filone culturale [quello appunto del giuspositivismo critico] che non coltiva l'illusione ideologica che tutto il diritto stia nella legge e nella volontà del legislatore, ma che contemporaneamente vede nel riconoscimento del «primato della legge» e della rigidità delle fonti una condizione necessaria (ancorché non da sola sufficiente) di continuità e di coerenza delle regole giuridiche effettivamente applicate. Per quanto a prima vista possa apparire paradossale, quanto più il sistema delle fonti è rigido (e gerarchizzato), tanto più sono esaltati il ruolo della giurisprudenza teorica e le sue responsabilità. In un sistema che accetta il primato della legge, i testi legislativi possono essere semplici e contenere clausole generali, comportanti una vigile delega alla giurisprudenza; in un sistema che accetta l'idea di pluralità di fonti, i testi normativi tenderanno a divenire sempre più pletorici e cercheranno di descrivere puntigliosamente ogni evenienza, con il risultato di abbandonare o di indebolire le disposizioni di principio e di scoraggiare la ricerca di coerenza da parte dei giuristi interpreti. [...] In altri termini: più si va verso equilibri giuridici pluralistici, più il ruolo del giurista si riporta all'eterno (e pur non disprezzabile) modello del giureconsulto, il cui compito primario è quello di consulente in affari privati. Il postulato dell'unità dell'ordinamento e della conseguente rigidità delle fonti fa nascere invece l'idea di una giurisprudenza teorica che sia in grado di comprendere e costruire in un quadro coerente l'insieme delle regole particolari. I modi di concettualizzare questo ruolo alto della giurisprudenza sono stati storicamente diversi (da quello di «scienza giuridica» a quello di «ingegneria sociale») e sono oggi tutti privi di attualità culturale; e questo è segno non piccolo della crisi del modello stesso» (LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 154-155).

Libertini crede nella gerarchia delle fonti, ma non crede in una gerarchia accademica formalisticamente intesa<sup>10</sup>; e anche questo è un aspetto certo non secondario e anzi degno di nota, di cui occorre dare atto).

Prima di dire qualcosa su alcuni contenuti del libro, non si può non rilevare come, tra le molteplici linee di fondo e di sfondo che ne emergono, una è senz'altro quella (che pongo in primo piano perché certo non riguarda soltanto il diritto commerciale) del passaggio (che, se non darà poi sempre luogo a un 'eterno ritorno', è però contrassegnato da una costante dialettica interna) dalle prassi e dalle pratiche ai sistemi e alla dogmatica. Non è del resto un caso che Libertini si soffermi espressamente «su una delle grandi opzioni ideologiche del nostro tempo (spesso ricondotta, in modo semplificato, al contrasto fra Hayek e Keynes): nel campo del diritto si propone il tema della scelta fra il primato del diritto di formazione "spontanea" (quindi anche contrattuale o giurisprudenziale) con un ruolo soltanto correttivo e integrativo della legislazione (oltre che una concezione elastica del sistema delle fonti), e il primato del diritto di formazione "istituzionale", che può riconoscere a sua volta ampi spazi di autonomia all'autonomia privata e alla giurisprudenza, ferma restando però la riserva della decisione di ultima istanza in capo al potere legislativo e la conseguente tassatività del sistema delle fonti» (47).

Appare qui subito evidente la densità metodologica di questo passaggio, che riprenderò anche più avanti, ma che ci mette subito di fronte a un aspetto difficilmente eludibile o aggirabile, e che va al cuore del giuspositivismo critico: se il diritto positivo contemporaneo (almeno negli ordinamenti liberal-democratici) è sempre il prodotto di una decisione politicamente e giuridicamente legittima (e quando essa non lo sia vi sono specifici rimedi, come il ricorso alle corti costituzionali), come si giustifica (ovvero si legittima, politicamente e giuridicamente) un contropotere ermeneutico di stampo giurisdizionale? Il giuspositivismo critico cui Libertini si richiama e che in larga parte in questo stesso volume egli corrobora in chiave politico-ideologica e tecnico-argomentativa a tale domanda offre una risposta nettamente negativa: non si giustifica, e dunque va contrastato (più sul piano politico-ideologico che non tecnico).

Voglio anche fare una notazione stilistica. Lo stile di Mario Libertini (indipendentemente dalla data in cui il saggio è stato composto) si connota per una prosa tanto contenutisticamente densa quanto espressivamente lineare, con, in più, la dote del sapere discorrere, anche per molte pagine, incuriosendo sempre e progressivamente il lettore, e così riportando in vita studiosi, idee, metodi e polemiche. Non è poco, per un autore, trasformare una disputa giusmetodologica in un avvincente racconto di storia delle idee.

<sup>10</sup> Anche perché (cfr. *ibid.*, 155-156, in nota 23) egli stigmatizza l'«involutione dell'istituzione accademica, che ha portato all'inflazione delle cattedre, all'incontrollabilità della produzione dottrinale e all'autodistruzione di quell'élite di giuristi-scienziati che aveva assunto, dalla seconda metà dell'Ottocento, il ruolo di custode e depositaria dei principi di organizzazione della vita civile e politica. [...] [Una involuzione che ha portato a] un ceto accademico che distrugge il prestigio e la funzione della giurisprudenza teorica per realizzare vantaggi immediati in termini di crescita quantitativa o [...] di vantaggi privati esterni all'accademia».

Contenutisticamente (sperando di non apparire eccessivamente elogiativo, e quindi retorico) direi in sintesi così: ogni pagina di questo libro andrebbe letta e meditata con tutta calma. La forza intellettuale dell'autore, la sua capacità di individuare, sempre e puntualmente, il problema metodologico dietro a ogni aspetto tecnico affrontato *ex professo* o anche solo lambito, rendendo così il problema metodologico benefico e istruttivo per ogni giurista che sinceramente e spassionatamente si interroghi circa lo stato attuale della giusmetodologia italiana (al di là delle personali convinzioni *pro tempore* raggiunte dal lettore), indipendentemente dalla 'materia' di 'competenza disciplinare', unite a una trasparenza argomentativa, e soprattutto esplicativa, che è il fondamento di ogni onestà intellettuale, rendono questo testo imprescindibile per un serio (e indispensabile) sviluppo di quella che, senza alcuna enfasi, denominerei coscienza critica del giurista (qualunque sia – questo è ovvio, e lo è, *a fortiori*, di fronte a un testo metodologicamente agguerrito come questo – l'opzione metodologica condivisa).

Anche nel saggio – apparentemente, o effettivamente – di portata massimamente specialistica c'è sempre quella dose di ossigeno metodologico e culturale che rafforza nel lettore una circostanziata fiducia, se non una vera e propria fede: ogni problema metodologico va sempre preso sul serio, perché prendere sul serio i problemi metodologici significa anche (e in certi momenti storici soprattutto) compiere opera di autoanalisi<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Mi pare decisiva in questo senso (dico nel senso di un esercizio di autoanalisi che assuma effettivamente rilevanza per l'intera categoria dei giuristi, non certo nel senso di un'autoanalisi che si risolva in uno 'studio di caso': ma, appunto di fronte a una personalità straordinaria quale quella di Tullio Ascarelli, la riflessione di carattere metodologico che Libertini ha svolto su Ascarelli, e che mi accingo a riferire, acquista un valore conoscitivo altrettanto paradigmatico quanto lo fu studioso che l'ha provocata) la seguente citazione, che, lo anticipo, sarà lunga – confidando che il passaggio richiamato possa suscitare interesse e soprattutto favorire nuove idee e nuovi programmi di ricerca. Libertini muove da un rilievo, tra lo stilistico e il contenutistico, sottolineando in particolare come Ascarelli «tende[sse] a collocare le opinioni da lui espresse sulle "onde lunghe" della storia delle idee, evitando il richiamo a specifiche *auctoritates* o l'adesione a specifiche correnti di pensiero» (330-331). È a questo punto del discorso che una lunga nota – la n. 18, che si legge alla p. 331 – dà conto di una questione decisiva per ogni lavoro intellettuale, ovvero il senso complessivo della propria attività (quando, s'intende, essa non sia ridotta a un mero esercizio meccanico di applicazione di conoscenza specialistica e settoriale, così allora disinteressandosi dei presupposti di tale conoscenza, e soprattutto degli esiti di tale applicazione, all'insegna di una pressoché completa indifferenza culturale, e quindi ideologica, che, se supera un certo livello di propagazione tra gli operatori – in questo caso giuridici –, produce la perdita della stessa dimensione culturale del lavoro intellettuale, inaridendolo ma soprattutto svilendolo): «Questo stile [di Ascarelli], se da un lato ha costituito una delle grandi ragioni di fascino degli scritti dell'A., dall'altro ne ha indebolito, a mio avviso, l'efficacia comunicativa. A molti lettori A. è parso infatti come una personalità isolata e in qualche modo "irregolare". A questa superficiale impressione ha però contribuito lo stile della produzione ascarelliana, soprattutto dell'ultimo decennio di vita dell'a. Negli scritti dell'ultimo decennio, susseguenti al ritorno di A. in Italia, è avvertibile lo stupore e la delusione in lui suscitati dalla scienza giuridica ritrovata nel suo paese, dopo la fine della guerra. Di fronte ad una nuova Costituzione e ad un ordine politico democratico, che avrebbero dovuto stimolare la dottrina giuridica a compiere un'opera di ripensamento capillare dei contenuti dell'ordinamento, la dottrina

Un'autoanalisi che ci dovrebbe rendere maggiormente consapevoli del nostro ruolo e della nostra funzione di giuristi accademici, in particolare quando si ritenga – come ritiene Libertini, a p. 306, nota 3, *in fine* – che «la centralità della dottrina e la responsabilità politica del giurista all'interno dell'ordinamento in cui opera [...] siano temi oggi generalmente messi ai margini delle elaborazioni dottrinali in tutto il campo del diritto privato».

4. Ancora un'osservazione intorno al tema dello 'specialismo degli studi', da cui la dannosa 'compartimentazione del sapere'. Sarebbe ovviamente un grave errore pensare che Libertini osteggi gli studi specialistici<sup>12</sup>. Lo specialismo è una caratteristica fondamentale della scienza. Essere specialisti significa avere approfondito con rigore metodologico alcuni problemi. È ovviamente un grande pregio, non già un difetto. Ma un conto è appunto lo specialismo conoscitivo, un conto è la frammentazione della conoscenza, che

---

giuridica italiana apparve ad A. come rinchiusa in se stessa e volta a teorizzare il disimpegno politico del giurista (e significative sono in proposito le critiche di A., espresse in tempi non sospetti, agli atteggiamenti riduttivi nei confronti della rilevanza delle norme costituzionali nel processo interpretativo). Una dottrina che, per di più, mostrava scarso interesse per l'esame dell'effettiva realtà economica e sociale, chiudendosi in una sterile alternativa fra l'esegesi fine a se stessa dei testi di legge (compresi quelli destinati a scarsa applicazione) e l'esercitazione virtuosistica su strumenti concettuali ricevuti dalla tradizione. Di fronte a questa situazione, l'atteggiamento di A. non fu però mai di chiusura pessimistica (e in questo senso egli espressamente dissentì dal pessimismo di un'altra grandissima e isolata personalità della cultura giuridica italiana del secolo XX, quale Arturo Carlo Jemolo). Tuttavia, è trasparente, negli scritti dell'ultimo decennio, una sensazione di isolamento culturale, che sfocia in una contrapposizione insistita del proprio pensiero a quello della dottrina corrente. Questa sensazione sta probabilmente alla base di una produzione scientifica quantitativamente enorme, spesso disorganica ed infarcita di ripetizioni. La produzione dell'A. dell'ultimo decennio non è quella di uno studioso che, fiducioso in un progresso culturale in atto, si sente partecipe di un movimento culturale e riflette analiticamente sui contenuti del proprio pensiero, perseguendo ideali di chiarezza e distinzione. È piuttosto l'atteggiamento di chi compie una battaglia ideale, e sacrifica talora l'approfondimento puramente "scientifico" ad una finalità nobilmente propagandistica. Eppure, è proprio in questo atteggiamento, nella fedeltà ad una concezione storicistica ed umanistica del diritto, e nella coerenza con cui egli perseguiva un ideale di vita culturale, in cui il lavoro intellettuale trova giustificazione nella sua capacità di incidere sulla realtà sociale in vista dell'affermazione di certi valori, che, a mio avviso, risiede la grandezza di A. studioso e giurista, e insieme la ragione del fascino esercitato dal suo insegnamento. È in questa tensione morale, nella concezione di una "missione" del giurista, considerato come un tecnico impegnato e responsabile nella costruzione dello sviluppo sociale, che si può ravvisare la chiave per intendere tutta la riflessione ascarelliana, dagli scritti più giovanili a quelli della maturità».

<sup>12</sup> *Ibid.*, 51-52: «[G]li specialismi sono inevitabili nell'organizzazione della ricerca scientifica [...]; [...] pur riconoscendo la necessità degli specialismi, occorre reagire al pericolo di una frammentazione definitiva della cultura giuridica: il diritto contemporaneo deve mirare alla coerenza nel rispetto di principi e di valori, e ciò richiede che le analisi specialistiche possano essere vagliate alla luce di principi generali; [...] il diritto generale, della cui costruzione abbiamo bisogno, è un insieme di principi e norme generali che traggono alimento sia dal diritto privato sia dal diritto pubblico e devono essere utilizzati con consapevolezza della coerenza complessiva delle soluzioni proposte».

va di pari passo con la perdita di quell'ambizione metodologica che ha invece la pretesa di abbracciare trasversalmente e di comprendere ampi settori della dimensione umana<sup>13</sup> (la conoscenza è *naturaliter* trasversale), ben sapendo, ad esempio, che i problemi metodologici affrontati dalla filologia romanza non sono affatto lontani da quelli affrontati dal diritto o dalla musicologia o dalla critica letteraria, come senza alcuna difficoltà risulta da qualunque lettura (di ieri o di oggi) che abbia una qualche ambizione metodologica<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Segnalo l'appassionato C. GIUNTA, Su "Ritratti di filologi" di Sebastiano Timpanaro, in *Il Mulino*, 1° ottobre 2024, <https://claudiogiunta.it/tag/sebastiano-timpanaro/>.

<sup>14</sup> Il noto libro (noto, invero, a suo tempo – e anche molto discusso; lo cito perché il suo autore, in una recente, arguta intervista, pubblicata in *Snaporaz*, di GARDELLI, *Il futuro del passato. Intervista ad Alfonso Berardinelli su Giulio Bollati*, <https://www.snaporaz.online/il-futuro-del-passato-intervista-ad-alfonso-berardinelli-su-giulio-bollati/>, appunto Alfonso Berardinelli, lo ha orgogliosamente richiamato) *Il critico senza mestiere. Scritti sulla letteratura oggi*, Milano, 1983, si presta benissimo per alcune brevissime considerazioni nella direzione di cui al testo. Al di là di specifiche prese di posizione reiterate nell'intervista e sulle quali non concordo, sono moltissime le pagine del volume che si offrono, in chiave metodologica, a un parallelismo con l'ambito giuridico: tutto si gioca, come sempre, a cavallo tra un sapere strumentale-tecnico e visioni del mondo (cioè ideologia): cfr., in particolare, la p. 48 del cit. volume di Berardinelli, che, discorrendo di problemi di critica letteraria, affronta direttamente questioni di carattere istituzionale; del resto, la cultura in sé ha una ovvia portata istituzionale, e allora è facile tracciare un altro parallelismo tra poetiche di avanguardia, che portano alla riconciliazione tra artista e pubblico (un'estetica piccolo-borghese che conduce a effetti paradossali: pubblico e artista si identificano, 154; donde il fenomeno di socializzazione totale progressiva, *ivi*, che al giurista fa subito pensare a una soggettivizzazione delle fonti, alla sovranità del sé, a un interprete che diventa creatore di regole, in quanto parte della dimensione sociale e quindi voce della coscienza sociale, ecc.), e giurisdizione dei diritti, ovvero (se si preferisce) creazionismo giuridico a base 'principalistica' e comparatistica. Se poi si voglia ragionare, in particolare, sul metodo, un volume con cui Berardinelli polemizza (a mio avviso, a torto), avendo in mente soprattutto gli eccessi formalizzanti che hanno danneggiato il piacere della lettura, o hanno comunque esasperato l'intellettualità dell'atto del leggere, facendolo degenerare in intellettualismo (alludo ovviamente allo strutturalismo), non c'è dubbio che la celebre inchiesta, a cura di SEGRE, *Strutturalismo e critica*, Milano, 1985, sia una miniera, in chiave metodologica, per il giurista, e appunto per la metodologia giuridica (del resto, è ben noto quanta ispirazione il Rodolfo Sacco teorico della giuscomparazione abbia tratto dalla linguistica strutturalista e dalla linguistica comparata). Inoltre, e a veder bene, una riflessione sullo strutturalismo nella critica letteraria ci porta senza difficoltà a Tullio Ascarelli e al suo storicismo compatibile con le strutture giuridiche (e qui abbiamo il fecondo rilievo di Jean Starobinski, ad avviso del quale lo strutturalismo è l'indispensabile completamento della coscienza storica: cfr. *Strutturalismo e critica*, cit., 37). E se – come ancora Starobinski osserva *ivi* – la libertà letteraria ha cercato la sua immagine nella struttura che essa ha inventato, come non pensare ai rapporti tra strutture giuridiche e funzioni giuridiche, al ruolo dell'autonomia privata, ai tempi del cambiamento giuridico, ai rapporti tra mutamento e sovversione, tra riforme e rivoluzione – e che Ascarelli fosse un 'giurista riformista' non è dubbio: cfr. LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 344, a proposito «del suo senso di responsabilità civica e del suo atteggiamento politico riformista» –, alla ricerca di costanti sovrastoriche e transtoriche pur presenti all'interno della storicità, come osserva, in riferimento a Dilthey, Hugo Friedrich, a p. 58 del volume cit. di Alfonso Berardinelli (e per riprendere di nuovo temi, tutti, ascarelliani). Certo, è evidente il rischio insito nella transdisciplinarietà – anche quello, apparentemente banale

Lo specialista che abbia consapevolezza metodologica e curiosità intellettuale può dialogare con qualunque altro studioso di qualunque altro campo del sapere. Questa è un'altra lezione che si può trarre (e che io, probabilmente, sono portato a estremizzare, accettando di buon grado il rischio – com'è stato efficacemente detto – del 'trovarobato delle scienze umane'<sup>15</sup>) dalle pagine di Mario Libertini. Pagine che, va sottolineato, se non

---

ma senza dubbio da non sottovalutare, sul quale richiamava l'attenzione anni fa Pietro Rescigno, invitando alla cautela: il rischio, cioè, che si facciano letture extradisciplinari non aggiornate, immettendo così nel proprio campo di ricerca idee apparentemente innovative, per il non specialista, ma, in realtà, se non rancide, stantie. Per riferire alla lettera le parole di Rescigno: «Il problema è sempre quello della difficoltà di utilizzare questi rami diversi del sapere nella loro concretezza di quel momento, mentre forse il giurista che se ne appropria arriva sempre con un po' di ritardo, cioè fa proprie acquisizioni che probabilmente nel settore specifico confinante sono già superate» (RESCIGNO - RESTA - ZOPPINI, *Diritto privato – Una conversazione*, Bologna, 2017, 136). Ora, il rischio c'è, ma c'è pure un'abbondante manualistica (pensando in particolare alle scienze umane e alle scienze sociali – ma tutti gli ambiti ne sono provvisti) che consente al lettore, specialista ma curioso, di muoversi, se non altro, con un certo agio, traendo quegli spunti e quelle indicazioni che potranno essere, a seconda della sensibilità culturale, variamente sviluppati in chiave metodologica (che, poi, ogni autentica attività di ricerca comporti un certo rischio, non solo è ovvio, ma è un bene; e del resto è, questa, tra le altre, lezione degna di essere ricordata e ripetuta di studiosi di indiscutibile rilievo, ma che non sempre trovarono e trovano, all'interno della propria 'materia', pieni consensi metodologici, quali Francesco Orlando e Carlo Ginzburg). Il rischio di un mancato aggiornamento (in questo caso metodologico) non è imputabile che alla negligenza del ricercatore, e dunque non è una buona ragione per non tentare (almeno) un percorso di ricerca a fondamento e a trazione transdisciplinari.

<sup>15</sup> L'espressione, di Gianluigi Simonetti, è riferita da PELLINI, *Tre grandi critici – Luigi Blasucci, Remo Ceserani, Francesco Orlando*, Palermo, 2023, 18 (ma l'intero volumetto – umanamente appassionato e intellettualmente avvincente: solo spiace assai, almeno a me, un uso un po' troppo insistito, e soprattutto improprio, del sostantivo 'neoliberismo' e dell'aggettivo 'neoliberista' – si presta benissimo a una lettura con gli occhiali metodologici del giurista. Ancora una volta tutto, e felicemente, si tiene (a mio avviso); oppure (l'avvocato del diavolo è sempre fondamentale in ogni lavoro di ricerca), si tiene fino a un certo punto, o non si tiene affatto. Detto altrimenti: in alcune righe che Pellini dedica a Blasucci, c'è espresso benissimo il rischio che può derivare da un eccesso di cultura extradisciplinare applicata al proprio campo disciplinare, e dunque il rischio di dire sciocchezze nel proprio ambito perché si sa qualcosa anche degli ambiti altrui (e questo 'qualcosa', magari semplicemente orecchiato, lo si vorrebbe pure importare nell'ambito proprio). È il ben noto fenomeno del 'cretino colto', e sarebbe del tutto sbagliato far finta che tutto ciò non esista. Appunto Pellini lo dice benissimo (sottolineando altresì, e assai opportunamente, come tutto ciò possa al limite degenerare in disonestà intellettuale), e lascio volentieri a lui la parola: «[N]aturalmente [Blasucci] vedeva come fumo negli occhi la didattica interdisciplinare promossa più tardi da libri come *Il materiale e l'immaginario* [testo su cui, chi scrive, si è appunto formato e che invece considera metodologicamente mirabile; ma anche Pellini ne dà un giudizio lusinghiero, pur rappresentando retrospettivamente egli alcuni rischi e alcune potenziali degenerazioni che in effetti si sono poi avute]; ma la sua insofferenza più grande [...] era per le letture cervellotiche, per gli eccessi di un'intelligenza capziosa sempre a rischio di trasformarsi nel suo contrario» (*ibid.*, 22; e v. anche 24, ove il riferimento, sarcastico ma non infondato, ai 'Fuffa Studies' – espressione invero particolarmente felice, che però spero non autobiografica rispetto a chi scrive la presente paginetta).

altro sotto il profilo metodologico, meriterebbero un confronto a largo raggio tra cultori di diverse discipline giuspositive, in serrato dialogo con comparatisti, storici e teorici del diritto: il che sarebbe un ottimo esempio di effettiva transdisciplinarietà metodologica, o comunque rappresenterebbe un ottimo tentativo di esserlo davvero nel proprio, quotidiano lavoro scientifico.

5. Le velocissime e frammentarie osservazioni fin qui svolte vorrebbero portare l'attenzione del lettore anche su di un altro pregio del volume: se adottiamo, quale possibile punto di osservazione, un contributo di qualche anno fa tutto dedicato all'originalità del giurista<sup>16</sup>, e dunque ai criteri (invero diversificati, senza – come ovvio – che poi sia legittimo tracciare una gerarchia tra di essi: del resto, e come ben noto, qualunque metodo può essere scientificamente produttivo – tutto dipende dall'oggetto di studio e dagli obiettivi di ricerca, che, sempre, esprimono una fisiologica coesistenza tra strutture e funzioni degli oggetti di indagine, intorno ai quali articolare, appunto nella duplice prospettiva strutturale e funzionale, uno specifico programma di ricerca) per valutare quest'ultima, non c'è alcun dubbio che tutti i saggi qui raccolti da Mario Libertini rispondano agli indici di misurazione dell'originalità elencati da Mathias Siems. È una strada, dico quella dell'originalità (appunto sicuramente facilitata dal pluralismo metodologico: un pluralismo, e anzi una vera e propria *variety of legal doctrine* – v. qui sotto, in nota 17 –, esplosa in seguito al successo dell'interdisciplinarietà nell'ambito della ricerca giuridica, come ben messo in evidenza da Martha Minow, la quale ha predisposto una sintetica, ma utilissima, guida per indirizzare la ricerca, isolando filologicamente gli archetipi della ricerca giuridica contemporanea<sup>17</sup> – invero, forse anche temendo una dispersione, se non delle forze, dei risultati di ricerca, con lo svantaggio, in effetti, di ricreare micro-isole metodologiche, ciascuna separata dalle altre, donde il ritorno, se non di un sapere compartimentato, di un isolazionismo metodologico, che non è affatto meno grave, se isolazionismo significa, in particolare e in primo luogo, ordinare gerarchicamente il tasso di legittimità metodologica, che è invece tale *in re ipsa*: del resto, anche qui, l'aureo principio, che richiede

<sup>16</sup> SIEMS, *Legal Originality*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 28(1), 2008, 147 ss. [il saggio è stato tradotto in italiano con il titolo "L'originalità del giurista", e può leggersi in FARO - PERUGINELLI (a cura di), *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Torino, 2017, 61 ss., ma nel momento in cui scrivo non ho potuto prenderne visione].

<sup>17</sup> MINOW, *Archetypal Legal Scholarship: A Field Guide*, in *Journal of Legal Education*, 63(1), 2013, 65 ss., della quale ho riportato nel testo alcune espressioni che si leggono a p. 65 e che qui appunto riprendo collegandole a un'ulteriore osservazione che si legge sempre *ivi*: «*The explosion of interdisciplinary research in law contributes to the variety of legal scholarship. So does the contrast between "inside" and "outside" thinking in law schools where we try both to equip people for practice and effectiveness within existing institutions and for roles as critics, institutional reformers, and scholars who may explain and analyze in terms quite different from those in the minds of actors operating within existing legal systems*»: una prospettiva non solo in sé stessa di spiccata portata metodologica, ma che va altresì al cuore del contenuto dell'attuale formazione giuridica, e che Mario Libertini, credo, condividerebbe interamente.

senza dubbio una qualche sobrietà di impiego ma al quale non si deve mai rinunciare, è quello del *tout se tient* – saussuriano sì, ma prima ancora flaubertiano, e che dunque va preso molto sul serio), che dovrebbe essere perseguita, anche per rivendicare (quando sia ovviamente opportuno farlo) un certo orgoglio intellettuale del giurista<sup>18</sup>, che non ha di fronte a sé, quali uniche vie metodologiche transitabili (pur dovendosi precisare, a scanso di equivoci, che anch'esse sono vie degnissime, se praticamente seriamente – e peraltro bene fa, Siems, all'inizio del suo articolo, a mettere in chiaro che, nelle questioni metodologiche, e dunque anche di originalità, l'essere tolleranti – ma io preferisco dire rispettosi – della diversità, e quindi della pluralità, appunto, dei metodi, è fondamentale; del resto l'intolleranza metodologica è profondamente antiscientifica), l'analisi casistica e l'analisi legislativa (la quale, come ovvio, non è affatto detto debba poi necessariamente degradare al livello dei tristemente noti, perché stucchevoli, 'raccontini' di gianniniana memoria), trovando – appunto il giurista –, oggi più di ieri (e almeno in via di ipotesi), la sua dimensione intellettuale più autentica all'interno di una potenzialmente assai larga transdisciplinarietà, che vuol dire (ma su questo punto non credo che Libertini sarebbe pienamente e fino in fondo d'accordo) essere un po' meno giuristi e un po' più... altro (seguendo almeno in parte – e infatti anche Siems lo richiama – l'*anything goes* di feyerebendiana memoria, che può certamente prestarsi a eccessi e a fughe dal diritto, e anche a errori, ma che può al contempo rivelarsi assai fruttifero, almeno quando si tratti di riflettere su di un problema e non su di una norma<sup>19</sup>).

<sup>18</sup> Cfr. quanto scrive LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 100: dalla scomparsa di Ascarelli, e quindi dal 1959, «non si avverte più [...] quella tensione modernizzatrice verso l'operare dell'intera dottrina giuridica, e quell'orgoglio disciplinare, che avevano caratterizzato, dalla fine del secolo XIX, una stagione gloriosa della dottrina giuscommercialistica italiana» (ma questo rilievo può benissimo estendersi a altri ambiti disciplinari, anche in ragione di un aspetto esemplarmente negativo, e che Libertini richiama *ibid.*, 99: «[Q]uesto collegamento intenso fra dottrina e professione comporta anche un continuo rischio di "cattura" degli studiosi da parte degli interessi particolari che essi sono chiamati a curare nella loro professione di avvocati e consulenti». Il che porta di nuovo il discorso sul tema della formazione del giurista, sul quale dirò qualcosa più avanti).

<sup>19</sup> Sempre in chiave metodologica desidero qui richiamare nuovamente un libro certamente diversissimo da quello di Libertini, ma che anch'esso si presenta molto convincente, quando l'autore riflette sul giurista e appunto sul suo metodo (ovvero sui suoi metodi): mi riferisco a CASSESE, *Varcare le frontiere*, cit., e in particolare ai seguenti capitoli: IX ('Il mestiere dello studioso'); XIII ('Il lettore'); XIV ('Le letture'); XVI ('Parole e musica'); XXIII ('Che cosa chiediamo di non essere ai giuristi di oggi'); XXIV ('Che cosa chiediamo di essere ai giuristi di oggi'); XXX ('Che cosa si prepara per il giurista del futuro?'). Non posso ovviamente cercare qui, tanto più in una nota, di mettere in dialogo Cassese e Libertini (ma una forma di dialogo tra i due, nel volume oggetto di questa mia nota, è presente: LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., in particolare 119 ss.), però il lettore permetterà che citi distesamente almeno il seguente passaggio, a mio avviso da sottoscrivere interamente, che leggiamo alle pp. 193-194 dell'autobiografia di Sabino Cassese: «Un ulteriore consiglio è di non rimanere sepolti nel proprio campo disciplinare. La separazione rigida dei campi di studio corrisponde a una esigenza propria del positivismo ottocentesco ed è stata estremamente produttiva perché ha consentito la concentrazione degli studiosi in settori, le specializzazioni, la formazione

6. Non ci si meraviglierà se, a questo punto, mi soffermo un poco sullo splendido (e del resto notissimo) saggio dedicato al metodo [*Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, 3-52]. Proprio perché notissimo, non è necessario ripercorrerlo analiticamente: vorrei piuttosto ritornare su di un aspetto apparentemente del tutto superato (anche, o soprattutto, nella prospettiva teorica di Libertini, come dirò subito a seguire). Mi riferisco (pure qui dicendo cose che ogni giurista conosce perfettamente; e siamo naturalmente sempre all'interno della consueta, e quindi sempre in primo o in secondo piano di ogni scenario giuridico, frizione, tecnico-politica, tra 'formalismo' e 'antiformalismo'<sup>20</sup>: termini, peraltro, che – pure questo è ben noto – non è affatto detto assumano poi un unico significato costante; anzi, è vero il contrario – e del resto sarebbe un grave errore pensare che ci sia un parallelismo perfetto tra formalismo e conservatorismo, da un lato, e tra antiformalismo e progressismo, dall'altro lato: spesso si rivelano semplici luoghi comuni contro i quali è giustissimo prendere posizione<sup>21</sup>); – mi

---

di metodologie raffinate. Oggi rimanere nello spazio angusto del proprio campo di indagine non serve più, è anzi importante ampliare lo sguardo, analizzando il diritto da più punti di vista (logico, storico, sociale) e con più strumenti di analisi (quelli dell'economia, delle scienze sociali, della politica), comparando istituti e tradizioni nazionali con quelli di altri Paesi. La specializzazione, creando isole del sapere – con proprie culture, riviste, insegnamenti –, ha consentito lo sviluppo dell'efficienza e della precisione della scienza moderna, ma ha anche prodotto un indebolimento dell'immaginazione scientifica. In molti rami del sapere, infatti, si è alla ricerca di contaminazioni culturali e di *cross fertilization*»; un passaggio, che, credo, in larga misura sarà condiviso anche da Libertini (soprattutto in punto indebolimento/potenziamento dell'immaginazione scientifica), se non altro rispetto alla dimensione autenticamente e profondamente intellettuale del lavoro giuridico (quando, ovviamente, si voglia seguire questa strada spiccatamente culturale e non angustamente esegetica – perché, mi permetterei di dire, per la mera esegesi ci sono i pareri *pro veritate* degli avvocati, se ancora è un genere praticato). Sul tema dell'esegesi (ma intesa da Libertini quale esegesi giurisprudenziale – anche se allora osserverei che il nobile genere letterario della nota a sentenza è ormai decaduto, soprattutto a causa di largamente conosciute e largamente opinabili ragioni contingenti), cfr. LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 344: «In un momento come l'attuale, in cui la produzione giuridica italiana segue spesso la moda filosofica del “pensiero debole”, e altrettanto spesso ritiene il suo compito limitato all'esegesi delle decisioni giurisprudenziali, il modello di giurista che A.[scarelli] aveva in mente appare nobile e monumentale (anche se viene da chiedersi se oggi la società civile e il mondo politico esprimano il bisogno di giuristi di questo tipo, e se giuristi di questo tipo possano esistere senza una società civile e un ceto politico che ne reclamino l'esistenza)».

<sup>20</sup> Segnalo, sul punto, un contributo (ancora inedito, nel momento in cui scrivo, e che ho potuto leggere in anteprima grazie all'affettuosa cortesia dell'autore) di BARCELLONA, *Il diritto tra individuo e persona nel pensiero di G.B. Ferri* (il saggio riproduce l'intervento svolto al convegno in memoria di Giovanni Battista Ferri, intitolato “Il diritto come opera d'arte” e tenutosi alla Camera dei deputati il 28 novembre 2024. I lavori del convegno, in attesa che gli atti vengano raccolti in volume, possono essere interamente riascoltati al seguente indirizzo: [https://webtv.camera.it/evento/26726?fbclid=IwY2xjawG5McZleHRuA2F1bQlxMAABHa216cCwIglfWbF5MCb6w93BZbxIrcTIOIGEawlBnWg91ybKKx0Ob9GDUQ\\_aem\\_JnGELipw3MrGxefzwIKTRQ](https://webtv.camera.it/evento/26726?fbclid=IwY2xjawG5McZleHRuA2F1bQlxMAABHa216cCwIglfWbF5MCb6w93BZbxIrcTIOIGEawlBnWg91ybKKx0Ob9GDUQ_aem_JnGELipw3MrGxefzwIKTRQ)).

<sup>21</sup> In tema, ma, assai più in generale, per un atteggiamento di orgogliosa insofferenza per i luoghi comuni, è appena uscito, tenacemente voluto e affettuosamente curato da Giovanna Visintini

riferisco, dicevo, all'«assurda» (così possiamo dire, col senno di poi), ma politicamente significativa, teoria della doppia verità, che riconosceva la creatività della giurisprudenza da un punto di vista filosofico, ma contestualmente proclamava che il giurista positivo doveva continuare a sentirsi vincolato alle sue convenzioni «scientifiche», idonee a dare certezza alle soluzioni affermate [...]. A questa teoria della doppia verità aderì anche il giovane Ascarelli, nel suo scritto sulle lacune dell'ordinamento giuridico (1925), nel quale, peraltro, prendeva le distanze anche dalla teoria (ancora diffusa, a quel tempo, nella dottrina giuscommerciale) della natura delle cose come fonte di diritto. La fragilità di questa posizione e il rischio che la stessa divenisse la base per l'affermazione di posizioni giusliberistiche fu pienamente avvertita da Scaduto, che non a caso, nel suo scritto di difesa della tradizione metodologica, sopra citato [SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 225 ss.], polemizzava proprio con Ascarelli»<sup>22</sup>.

Il punto principale di contrasto, o comunque di differenziazione metodologica (e dunque ideologico-politico), ruotava, allora, tutto intorno alla natura dell'interpretazione: cognitivismo contro non-cognitivismo (un non-cognitivismo che perciò facilmente sfocia nel creazionismo – ieri come oggi del resto) interpretativo<sup>23</sup>.

Ma oggi, appunto dopo cent'anni, forse c'è l'esigenza di riprendere la teoria ascarelhiana della doppia verità (con gli opportuni adattamenti di prospettiva, e soprattutto pienamente valorizzando l'intrinseca politicità del lavoro ermeneutico del giurista): non già perché sia facilmente immaginabile un ritorno teorico del cognitivismo interpretativo (cioè un cognitivismo giuridico fondato su ragioni strettamente tecnico-argomentative), ma proprio perché, ormai, siamo tutti anticognitivistici, e tutti sappiamo che, appunto sotto il profilo tecnico-argomentativo, interpretare ben può significare creare nuove regole. Ecco che, allora, l'esigenza (avvertita da più fronti, e certamente – e non da oggi – anche da Mario Libertini, sensibile al «vincolo del diritto positivo») di una valorizzazione di ciò che possiamo al limite (pensando unicamente all'esito del giudizio ermeneutico, non già al procedimento interpretativo come tale, e nemmeno alla posizione delle premesse assiologiche da parte dell'interprete) anche chiamare «cognitivismo interpretativo», ma che, in realtà, va poi tradotto quale rispetto della volontà politica del legislatore – una volontà espressa in un testo normativo (con quel che ovviamente ne consegue sul piano ordinamentale e istituzionale) –, può essere realizzata, a mio avviso, unicamente, appunto, sul piano politico-culturale, non tecnico.

---

e Rebecca Tarello, e con Introduzione di Giuliano Amato, *Tarello opinionista negli anni '80 ironico precorritore dei tempi*, Napoli, 2024, un volume che raccoglie la gran parte della produzione giornalistica di Giovanni Tarello (e si augura al volume il miglior successo, cioè un'ampia e anche accesa discussione: e in effetti vede la luce in un momento propizio, in ragione delle plurali riflessioni che involgono, a ben vedere, l'intera dimensione della giuridicità, nuovamente alla ricerca di sé stessa, così riportando l'interesse – almeno si spera – sulla figura del giurista-intellettuale).

<sup>22</sup> LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 10, nota 12.

<sup>23</sup> In relazione alla celebre polemica tra Bigiavi e Ascarelli, cfr. i rilievi che si leggono *ibid.*, 30.

In sintesi: proprio perché il potere interpretativo, in chiave tecnica, può facilmente superare ogni ostacolo, è bene contenersi. Ma, da questo punto di vista, il contenimento ermeneutico lascia il piano tecnico (sul quale è perdente) e si sposta sul piano politico (sul quale può essere vincente per ragioni a cavallo tra l'organizzativo, l'ordinamentale e l'istituzionale), evocando il *self restraint* dell'interprete, e in primo luogo del giudice (in questa prospettiva, proprio quella varietà di metodologie giuridiche sopra fuggevolmente richiamate può venire in taglio onde favorire una cooperazione tra giuristi e psicologi, nel senso dello studio della decisione e dell'argomentazione anche sotto il profilo psicologico – del resto, nel passato, questo filone di studi è stato coltivato con un certo successo: forse è opportuno oggi riprenderlo, soprattutto grazie alle più recenti acquisizioni della psicologia comportamentale).

Ora, se il significato della norma non sta nel testo della disposizione ma nella testa dell'interprete (che costantemente ricostruisce l'ordinamento, sul quale ovviamente fonda la propria opera creativa, in una logica combinatoria senza sosta – e in ipotesi anche socialmente benefica: ciò va pur detto), perché il lavoro ermeneutico è in sostanza incontrollabile (ogni regola è sempre e necessariamente soggetta a interpretazione, e dunque siamo all'interno di un vortice ermeneutico che non ammette scampo), il significato stesso della norma applicata si allontana sempre più dal testo e si avvicina sempre più a un ordinamento vivente che, in questo senso, è un genuino prodotto dell'interprete; con l'ulteriore conseguenza che tale 'significato normativo' sarà, se non il meccanico prodotto della, facilmente avvicinabile alla, politica del diritto degli interpreti giurisdizionali (una politica del diritto degli interpreti che, intesa in senso forte e oppositivo, certamente collide con la politica legislativa di chi ha testualmente elaborato una determinata disposizione, volendo conseguire un determinato scopo: si può anche aggiungere, *incidenter*, che poco importa che il soggetto autore della disposizione sia il legislativo o l'esecutivo), e, quindi, altrettanto facilmente (ma direi inevitabilmente) avvicinabile alle strategie politico-culturali degli interpreti giurisdizionali medesimi.

Ecco la ragione per la quale, poco sopra, scrivevo: proprio perché, ermeneuticamente, si può fare pressoché tutto, spesso ci sono ottime ragioni per non farlo.

Per taluno, questa soluzione sarà giudicata di compromesso, o, peggio, nicodemica e vile. A me pare, però, che questa sia l'unica strada oggi seriamente percorribile per coloro che si professano (come appunto Mario Libertini) critici non, genericamente, del diritto vivente, ma di un attivismo giudiziario che fa sì che la giurisdizione, da funzione ordinante e istituzionalmente stabilizzatrice, diventi potere politicamente orientato in senso autonomo (e soprattutto deresponsabilizzato), dando così luogo ai classici problemi connessi all'esercizio di ogni potere – un potere inteso, potenzialmente, anche in senso antagonistico, che è appunto un altro modo per esprimere la contrapposizione tra politica del diritto e politica legislativa (e insisto: se si tratta di contrapposizione politico-ideologica, essa va risolta sul piano politico-ideologico, e in particolare sul piano della politica culturale: l'autolimitazione ermeneutica ha ovviamente origine e natura politico-culturali. Il che, naturalmente, non significa che non possano individuarsi altri strumenti dissuasivi e contenitivi, nonché sanzionatori, i quali, però, attengono al differente piano del reclutamento dei magistrati, della loro progressione in carriera, del controllo

circa il loro operato e della loro responsabilità disciplinare – in sintesi, attengono al diverso piano della complessiva organizzazione della magistratura<sup>24</sup>).

Farei questa ulteriore osservazione. Se il giurista, teorico o pratico che sia, vive e opera in un regime illiberale, allora sì che le risorse dell'ermeneutica dovrebbero servire per colpire ogni espressione di illiberalismo ordinamentale; ma quando ci si muova invece all'interno di un regime liberaldemocratico, e quindi nel quadro dello stato di diritto, non c'è nulla di vile, o di pavido, o di metodologicamente sbagliato nell'ammettere e nell'accettare, quali interpreti, che legislativo e esecutivo diano concordemente vita a una determinata, puntuale, politica legislativa. In questo contesto, la fisiologia istituzio-

---

<sup>24</sup> Su questi temi, oltre al fondamentale GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1993, vanno richiamati i molti, esemplari studi (anche frutto di ricerche di gruppo) che fanno capo a uno studioso la cui fama è sicuramente rimasta al di sotto dei suoi meriti (e anche questo è un innegabile, e deteriore, aspetto di politica culturale). Mi riferisco al prof. Giuseppe Di Federico, del quale segnalo un recente, e come sempre combattivo, intervento: *Anomalie e disfunzioni del CSM ignorate da tutti* (31 luglio 2024), <https://www.lalegislazionepenale.eu/anomalie-e-disfunzioni-del-csm-ignorate-da-tutti-giuseppe-di-federico/>. Segnalo altresì l'intervista di Claudio Cerasa al Ministro Carlo Nordio apparsa ne *Il Foglio*, 2 dicembre 2024, *Contro l'Italia della gogna*, di cui riferisco il seguente passaggio – perfettamente in linea con quanto recentemente affermato da Paolo Ferrua: cfr. *infra*, nota 26 –: «[Cerasa] Che cosa pensa quando sente un magistrato che attacca chi lo vuole trasformare in un burocrate? È così sbagliato che un magistrato venga considerato esattamente un burocrate? È così sbagliato sostenere che il compito di un magistrato non è interpretare in maniera il più possibile soggettiva le leggi ma è quello di applicare le leggi senza trasformarsi in un garante della Costituzione, ruolo che dovrebbe rivestire non il magistrato ma il presidente della Repubblica? È così sbagliato dire che un magistrato che si sente il garante della Costituzione si auto-investe di un ruolo che non è suo? [Nordio] “Condivido questo ragionamento. È un tema che abbiamo affrontato pochi giorni fa in un convegno a Firenze. E su questi temi sono stati molto chiari sia il vicepresidente del Csm Fabio Pinelli, sia il sottosegretario Alfredo Mantovano. Il magistrato ha come punto di riferimento la legge ordinaria: nel momento in cui dubitasse della sua compatibilità con la Costituzione deve rivolgersi alla Corte costituzionale ma non può scavalcare la legge ordinaria applicando direttamente la Costituzione. Non è il suo compito, perché questo è un compito che tra l'altro, se mi è consentito, umilia la Corte costituzionale, perché la stessa Costituzione definisce quelli che sono i paletti dell'azione di un pm e tra questi non c'è quello di essere il garante della Carta. Detto ciò, burocrate o non burocrate? Io continuo a dire che non è affatto superata l'espressione famosa di Montesquieu secondo cui il magistrato doveva essere la *bouche de la loi*, ho anche detto e lo ripeto che le bocche dei magistrati, sempre per citare il mio amato Shakespeare, non sono povere bocche mute come le ferite di Cesare, sono bocche che parlano, sono bocche che interpretano la legge alla luce anche dello *Zeitenwende*, del mutamento dei tempi, ma sempre nei parametri fissati dalla legge stessa, cioè l'interpretazione sistematica, l'interpretazione analogica, che è quella dettata dal codice civile, ma escludendo in via assoluta il diritto creativo. Quindi – e questo l'ha detto a chiare lettere anche il presidente della Repubblica – il magistrato non può interpretare la legge in senso costituzionalmente orientato se la legge si esprime chiaramente su un determinato soggetto. Se però ritiene che quella legge sia in contrasto con la Costituzione, la stessa Costituzione gli propone il rimedio di andare alla Corte costituzionale. Punto”».

nale dovrebbe esprimersi nell'accettazione ermeneutica, da parte dell'interprete, della politica legislativa.

Di qui, un uso delle teorie e tecniche dell'argomentazione in chiave non oppositiva, altrimenti la politica legislativa verrebbe sconfessata da una politica del diritto di matrice giurisprudenziale in sé antagonista. Si può aggiungere che proprio all'interno di siffatto assetto istituzionale (liberal-democratico) il ruolo della Corte costituzionale si distacca nettamente (e in termini sostanziali) dal ruolo della Corte di cassazione e dal ruolo del Consiglio di Stato. Se esiste un diritto vivente prodotto dalla Corte costituzionale e un diritto vivente prodotto dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato, è solo il primo dei tre che può fino in fondo assumere la portata sostanziale di politica legislativa, proprio perché il 'diritto costituzionalmente vivente' entra certamente in dialogo, e dà anzi certamente vita a una dialettica tra Costituzione (vivente: di qui, il tema, attuale, non solo dell'opportunità dell'opinione dissenziente, per valorizzare l'intrinseca politicità della Corte costituzionale, ma per manifestare altresì, e altrettanto trasparentemente, la consapevolezza culturale del collegio; e di qui, anche, il tema dell'opportunità di avere giudici costituzionali interamente eletti dal Parlamento, quale ulteriore espressione di politicità della Corte, nonché il tema del controllo dei poteri e sui poteri, non solo da parte della Corte ma anche della Corte costituzionale medesima<sup>25</sup>) e diritto positivo, reso, in questo senso, vivente dalla Corte costituzionale, almeno in tutti i casi in cui sia chiamata a pronunciarsi su di esso, e, facendolo, dia vita a un'interpretazione di un testo legislativo.

7. Nella prospettiva, assai ristretta, di questa mia segnalazione o poco più, il tema, anche più sopra velocissimamente richiamato, del creazionismo giudiziario e delle sentenze creative, dunque, può essere in effetti metodologicamente stemperato, se ricondotto nell'alveo della riaffermazione di una cultura politico-giuridica che riconosca e protegga, sotto ogni forma, l'effettività dello stato di diritto in cui viviamo<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Anche su questo aspetto richiamo qui un recente (ma non datato) intervento di DI FEDERICO, *L'anomala struttura della Corte Costituzionale italiana: giudici e assistenti di studio: proposte di riforma*, [https://nessunotocchicaino.it/articolo/giuseppe-di-federico/l\\_anomala\\_struttura\\_della\\_corte\\_costituzionale\\_italiana\\_giudici\\_e\\_assistenti\\_di\\_studio\\_proposte\\_di\\_riforma-2](https://nessunotocchicaino.it/articolo/giuseppe-di-federico/l_anomala_struttura_della_corte_costituzionale_italiana_giudici_e_assistenti_di_studio_proposte_di_riforma-2).

<sup>26</sup> Su tali aspetti, e in particolare sul fenomeno (per molti, fonte di travaglio) del creazionismo giudiziario, vanno allora riferite alla lettera (e anche qui mi vorrà scusare il gentile lettore della lunghezza della citazione: ma la sede in cui le parole sono state pronunciate – Radio Radicale – ha fatto sì che fossero particolarmente nette, anche se il prof. Ferrua, negli ultimi tempi, ha espresso, senza infingimenti, gli stessi in concetti in plurime sedi accademiche, oltreché sulla stampa quotidiana). Mi riferisco all'esemplare intervista (o forse meglio, colloquio: esemplare soprattutto perché, a mio avviso, fa emergere benissimo come e in che senso la dimensione politico-culturale intrecci necessariamente quella tecnico-giuridica; e aggiungo: può essere opportuno che il non giurista sia e resti convinto che la tecnica giuridica abbia una forza propria e autonoma; ma il giurista sa invece benissimo che la tecnica giuridica è variabile dipendente dell'assiologia dell'interprete: è a partire da questo presupposto – e proprio Tullio Ascarelli l'aveva enfatizzato con la massima chia-

rezza – che è sensato combattere una battaglia contro il soggettivismo giurisdizionale) di Lorena D’Urso a Paolo Ferrua (22 settembre 2024 – *Speciale Osservatorio Giustizia – Conversazione con il Professor Paolo Ferrua*), che si può integralmente riascoltare nel sito di Radio Radicale: <https://www.radioradicale.it/scheda/739116/speciale-osservatorio-giustizia-conversazione-con-il-professor-paolo-ferrua>. Di essa, richiamo in particolare il seguente passaggio: «Con sentenze creative io intendo alludere a quelle decisioni della giurisprudenza che superano i significati che ragionevolmente si possono attribuire al testo della legge. Si tratta, cioè, di decisioni che vanno oltre quel punto di rottura che individuava Kelsen, e cioè quel punto oltre il quale la legge non è più semplicemente interpretata, ma di fatto si dà vita ad una nuova disposizione. Ora, questo fenomeno della svalutazione della legge attraverso le sentenze creative, che quindi prescindono, o tendono a prescindere, dal testo della legge è, a mio avviso, almeno in parte, imputabile alla responsabilità della Corte costituzionale, e in particolare a due infelici sentenze che sono state emanate nel 2007 (mi pare si tratti dell[e] sentenz[e], per l’esattezza, 348 e 349: sono due sentenze vicinissime e chiamate le ‘sentenze gemelle’), le quali hanno in sostanza stabilito che le interpretazioni che dà la Corte europea di Strasburgo rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo – queste interpretazioni che sono contenute nella motivazione delle sue sentenze sarebbero vincolanti per tutti i giudici. Ora, questo fenomeno, per cui [...] l’interpretazione data in una sentenza diventa vincolante ha due effetti negativi: il primo è quello per cui a quel punto salta il principio di soggezione del giudice alla sola legge. Salta, direi, doppiamente: anzitutto, perché la Corte europea dei diritti dell’uomo a questo punto non è più tanto soggetta alla Convenzione europea, alla quale può dare ogni possibile significato, anche quello più distante dal testo, dal dato testuale; ma diventa soggetta, come dire, semplicemente a sé stessa, cioè si trasforma in un giudice legislatore che di fatto è autorizzato a dare qualunque possibile interpretazione alla Convenzione europea. Il secondo effetto negativo è che, allo stesso modo, i giudici nazionali, cioè quelli italiani, a questo punto non sono più soggetti alla legge, cioè alla Convenzione europea, ma diventano invece soggetti ad un’autorità che non è la legge, e cioè alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Il secondo principio che viene messo in crisi dalle sentenze della Corte costituzionale, che è altrettanto fondamentale, è il principio che vuole nettamente distinta la motivazione dal dispositivo. Cioè, una sentenza, come si sa, si compone di una parte motiva e di una parte dispositiva. Ora, il dispositivo è senz’altro un comando (quindi nessuno si sogna di mettere in discussione che il dispositivo sia vincolante per qualunque cittadino [...] e la decisione è appunto di carattere imperativo [...]); la motivazione, al contrario, è quella parte che spiega, che contiene le ragioni per cui si giunge a un certo dispositivo. Ora, questa parte può avere una funzione di spiegazione; può essere qualche cosa che serve a capire meglio il dispositivo; però, di per sé, non può essere vincolante [...], perché la motivazione è, come dire, un esercizio di ragioni, un’esposizione di motivi, e le ragioni sono qualche cosa che possono essere più o meno persuasive (di solito sono considerate con grande scrupolo quando si tratta di un organo di vertice come la Corte europea), ma per definizione proprio non possono essere mai considerate vincolanti, cioè sono qualche cosa che può riuscire più o meno persuasivo, più o meno convincente; ma è un obbrobrio considerarle vincolanti, e a me sembra che la Corte costituzionale abbia proprio commesso questo, che considero un errore epistemologico, e cioè di convertire un esercizio che è, e può essere, solo di ragioni, in un comando di carattere vincolante. [...] L’interpretazione a questo punto brilla, come dire, viene in risalto a dispetto del testo a cui si riferisce: cioè, quello che conta, ormai, anche per il cittadino, purtroppo, in un certo senso, non è più tanto la legge, in sé, che può essere variamente interpretata dai giudici, quanto conta soprattutto l’interpretazione che i giudici danno di quella legge. Il che sarebbe ragionevole, se queste interpretazioni fossero, come dire, lo specchio fedele della legge; purtroppo, spesso non lo sono. Allora il risultato qual è stato, poi, alla lunga, di queste cause? Che possiamo distinguere il diritto vigente, che sarebbe quello del-

Una (per recuperare, adattandolo, l'antico e celeberrimo titolo) rivolta contro l'antiformalismo, cioè contro la massima estensione del potere giurermeneutico dell'interprete togato, e, quindi, non già contro l'intrinseca politicità del giurista-interprete (per rievocare nuovamente Giovanni Tarello) – una tale politicità è infatti innegabile, e occorre allora fare tutto il possibile, istituzionalmente, per renderla trasparente, anche ai fini, come ovvio, della responsabilità dell'interprete –, ma contro le operazioni giuspolitiche opache (si può anche notare che presentare un'operazione giuspolitica dell'interprete, come accade non infrequentemente, quale necessitata conseguenza di un rigoroso normativismo è paradossale, oltreché essere argomentativamente e politicamente non trasparente), può essere oggi condotta, e torno a insistervi, unicamente sul piano culturale: la tante volte esaltata o sbandierata coscienza democratica, e al limite pure il multiforme (a veder bene) patriottismo costituzionale possono essere utilizzati quali fondamenti di una rinnovata sensibilità liberal-democratica degli interpreti: una coscienza che entrebbe in azione, e anzi diverrebbe sì diritto vivente, ma in senso ordinamentale, proprio attraverso una capillare (e largamente spontanea, dunque endogena al ceto giudiziario, in primo luogo: da questo punto di vista, l'ammonimento di un giudice insospettabile di

---

le leggi, cioè la legge, diciamo, il diritto vigente; e dall'altra parte il diritto vivente, che sarebbe quello che viene elaborato dalla giurisprudenza, quello appunto che si sostanzia nelle interpretazioni che dà la giurisprudenza della legge. Ora, in un sistema, diciamo, fisiologico che cosa dovrebbe accadere? Dovrebbe accadere che il diritto vigente, cioè la legge, è quell[o] che esprime la sovranità, e il diritto giurisprudenziale, cioè l'interpretazione, dovrebbe essere il più possibile, come dire, lo specchio fedele della legge. Naturalmente dell'interpretazione non se ne può fare a meno. Nessuno si sogna di dire che una legge può essere brutalmente applicata senza essere interpretata. Certamente occorre l'interpretazione. Però, ripeto, esiste un punto di rottura, superato il quale io non sto più interpretando una legge, ma mi nascondo dietro lo schermo della interpretazione per dare vita invece ad una nuova legge. Naturalmente [le sentenze creative] sono molto difficili da stigmatizzare perché [...] nessun giudice sarà così scemo da andare in una sentenza a scrivere che prescinde dalla legge. Non lo non lo dirà mai, ovviamente – finirebbe sotto procedimento disciplinare. Però, che cosa potrà fare? E spesso accade questo: si interpreta la legge, come dire, forzandola, cercando magari di rimediare ad una sua ingiustizia. Anche qui c'è un'altra osservazione da fare, però: [...] un tempo, prima che ci fosse la Corte costituzionale in azione, l'interpretazione, come dire, creativa poteva avere la funzione di rimediare ad una ingiustizia della legge; ed è successo, immagino, meritoriamente durante il periodo fascista, ma anche successivamente. Il giudice si trova di fronte ad una legge e allora cerca di interpretarla, di rimediare a questa ingiustizia che magari esce testualmente dalla legge: quindi può essere perfino un titolo di gloria, in questi casi, di forzare il significato della legge. Ma oggi, secondo me, tutto questo non ha più nessuna ragion d'essere, perché io sfido chiunque a immaginare una legge che possa essere gravemente ingiusta e che nello stesso tempo non contrasti con la Costituzione. La conclusione è che, a questo punto, quando il giudice si trova di fronte ad una legge che disapprova, che considera ingiusta, e che quindi sarebbe tentato di rimediarsi attraverso un'interpretazione creativa, ecco, fa male a fare un'interpretazione creativa, perché dovrebbe invece rivolgersi alla Corte costituzionale, sollevare la questione di costituzionalità e farla dichiarare incostituzionale. Anche perché, se invece vi rimedia lui in sede interpretativa, questa legge ingiusta però resta lì come una bomba che domani potrebbe esplodere, perché non è detto che altri giudici giungano alla sua stessa conclusione».

conservatorismo o peggio, quale Guido Calabresi, è inequivocabile; e cioè: massima prudenza decisionale, appunto come giudice; massimo rischio intellettuale, come accademico; e mi pare che ciò esprima una sintesi mirabile e democraticamente ottimale; che poi era, in linea tendenziale, anche la strada percorsa da Tullio Ascarelli<sup>27</sup>: una discontinuità storicamente necessitata, ma che non rinuncia affatto, anzi la reclama, alla continuità interpretativa; e Ascarelli è, anche qui in linea tendenziale, ascrivibile al filone creativo

<sup>27</sup> LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 332 e 344, ove il seguente rilievo (parzialmente riferito *supra*, in nota 19): «La [...] “prudenza” di A. interprete [...] costituisce, a mio avviso, l'altra faccia della medaglia del suo senso di responsabilità civica e del suo atteggiamento politico riformista». Cfr. anche il passaggio che si legge *ibid.*, 344-346: «Un giudizio superficiale [«autorevolmente accreditato da P. Grossi [...]»] (per sua parte fautore di una concezione antistatalistica e tendenzialmente anarchica del diritto) [...]», 344, in nota 39) ha portato a presentare A., nella storia del pensiero giuridico italiano, come una sorta di campione del diritto giurisprudenziale e del pluralismo delle fonti, in contrapposizione all'ideologia del primato della legge, propria del positivismo giuridico. La realtà era ben diversa: l'atteggiamento metodologico di A. era pienamente caratterizzato da quello che, nella teoria del positivismo giuridico, è definit[o] lo “approccio interno” ad un certo ordinamento. Questo approccio era sentito da A. in termini di essere e di dover essere: in tal senso va letto il suo continuo riferirsi al vincolo della “continuità” del giurista interprete con l'ordinamento in cui opera. In questa prospettiva, il suo approccio era quello di un giurista che vuole mantenere ben saldi i legami con il diritto vivente e rifiuta di usare argomenti che non siano legittimati dalla tradizione culturale in cui si inserisce [a p. 345, in nota 41, si legge: «A. non teorizzò mai chiaramente questo aspetto del suo metodo interpretativo, né d'altra parte dedicò molta attenzione all'approfondimento analitico dell'argomentazione giuridica. Il suo impegno principale era invece quello di costruire e propagandare una metodologia prescrittiva adatta ad un ceto di giuristi impegnato nella costruzione di un ordinamento democratico»]. In particolare, A. rifiuta categoricamente (in tutta la sua produzione scientifica, e non solo nel campo della concorrenza) argomenti di tipo giusnaturalistico (quand'anche ammantati di ragionamenti di tipo economico). Il suo rispetto del principio di tassatività delle fonti riconosciute dall'ordinamento legale è assoluto. La sua diffidenza nei confronti delle clausole generali perfino sorprendente. Certo, A. aveva anche una formazione filosofica di stampo idealistico e storicistico, alla quale rimase sempre legato. Non poteva dunque credere che tutto il contenuto del diritto fosse implicitamente compreso nei testi legislativi. Ma, nel teorizzare l'apporto inevitabilmente creativo del lavoro dei giuristi, A. era certamente un “dottrinarista” e non un “giurisprudenzialista”. L'evoluzione del diritto era, nella sua concezione, affidata soprattutto al compito costante di affinamento delle costruzioni dogmatiche compiuto dalla dottrina, secondo i meccanismi lenti e profondi dell'evoluzione culturale, e non al decisionismo giurisprudenziale. Una lettura attenta della produzione metodologica ascarelliana porta a sottolineare, in essa, l'esigenza di evitare il decisionismo giurisprudenziale spinto: l'esortazione ad esplicitare i giudizi di valore e ad affinare l'impiego dei concetti giuridici nel ragionamento giurisprudenziale esprimono piuttosto un bisogno di inquadrare e rendere razionalmente controllabile la creatività giurisprudenziale, che non quello di giustificarla in linea di principio. Per questo gran parte della riflessione metodologica di A. fu dedicata alla dogmatica giuridica e ai concetti giuridici, in particolare. Le teorie e le definizioni espresse in quel contesto non appaiono oggi, spesso, valide, a mio avviso. Ma questo conta poco. Quello che rimane è il fascino di una visione (di cui A. era partecipe) che vedeva l'evoluzione del diritto incentrata sul ruolo di una dottrina giuridica, accorta e responsabile costruttrice di *regulae juris*. E l'auspicio che quel modello di giurista, di cui A. diede testimonianza nell'Italia del secolo scorso, possa tornare un giorno».

della natura dell'interpretazione; ma nella sua produzione scientifica qualche oscillazione è presente<sup>28</sup>, e che appunto si può spiegare osservando – nelle parole di Libertini sulla polemica Bigiavi/Ascarelli in tema di interpretazione – quanto segue: «Non si deve però pensare che la contrapposizione fosse fra un atteggiamento “conservatore” ed uno “progressista”: sul piano delle soluzioni interpretative affermate, Bigiavi, nella polemica sull'imprenditore occulto, sosteneva tesi più moderne e “giuste”; ed Ascarelli fu, anche in altri campi (se pur non in tutti), un giurista “conservatore”, poco incline a rompere soluzioni interpretative “consolidate” e prudente anche nelle proposte *de iure condendo*»<sup>29</sup>) opera di autolimitazione ermeneutica contro ciò che possiamo anche chiamare massimalismo ermeneutico<sup>30</sup>: un massimalismo che, a mio avviso, se è altamente apprezzabile

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, 344-345, alle note 39-40: «[P]er A. il riconoscimento della creatività dell'interpretazione era il risultato di un giudizio storico-descrittivo. Il diritto, storicamente, è costituito, per A., da un insieme di convinzioni collettive che sono professate da un ceto professionale specializzato, che è quello dei giuristi. L'insistenza di A. su questo punto si spiega storicamente, perché quell'enunciato doveva, nella cultura giuridica italiana degli anni Cinquanta, scontrarsi con l'opposta e prevalente ideologia, che attribuiva al giurista-interprete un compito meramente ricognitivo. Tuttavia, per A., il riconoscimento della creatività giurisprudenziale era solo il punto di partenza, su cui si fondava un ragionamento di metodologia prescrittiva, che si esprimeva in alcuni punti fondamentali: (i) il dovere del giurista di disvelare i giudizi di valore di cui inevitabilmente è intriso il ragionamento interpretativo; (ii) il ruolo centrale della dogmatica, come costruzione di concetti (storicamente mutevoli) atti a dare coerenza all'insieme delle soluzioni particolari; (iii) il dovere del giurista di ragionare le soluzioni proposte in termini di “continuità” con l'ordinamento giuridico dato, in cui egli opera. Quest'ultimo punto [...] comportava poi il netto rifiuto dell'idea di pluralità delle fonti, e all'opposto il riconoscimento della regola deontologica che impone al giurista di argomentare con gli strumenti logici propri della tradizione giuspositivistica. La metodologia prescrittiva ascarelliana appare dunque preoccupata soprattutto dall'idea di inquadrare entro confini precisi l'inevitabile creatività giurisprudenziale, e di consentire un controllo razionale e collettivo dei risultati dell'interpretazione giuridiche. Il nemico da combattere, per lui, non era tanto un'ideologia di passività del giurista verso la legge dello Stato, bensì un'ideologia che (ammantando di carattere neutro e “scientifico” le soluzioni interpretative e nascondendo i giudizi di valore ad esse sottostanti) portava facilmente a legittimare soluzioni arbitrarie ed incoerenti rispetto alle finalità politiche espresse dall'ordinamento. [...] [M]i sembra evidente che A. sempre più sottolineasse la continuità come valore e quindi come regola deontologica (al punto da definirla, in qualche passo, come “regola costituzionale non scritta”, su cui si fondava l'attività del giurista-interprete)».

<sup>29</sup> *Ibid.*, 30. E cfr. anche 139-140, in nota 12: «Nella disputa il Bigiavi sottolineava soprattutto il valore della fedeltà alla legge e del rigore esegetico, mentre Ascarelli sottolineava l'ineliminabilità dell'apporto creativo dell'interprete e, da qui, il dovere del giurista-interprete di chiarire a se stesso e di esplicitare i giudizi di valore che stanno alla base delle sue proposte interpretative. In questa disputa è oggi difficile negare la maggiore profondità della riflessione metodologica ascarelliana. È però degno di riflessione il fatto che l'approccio metodologico conservatore non impedisse poi a Bigiavi di essere spesso interprete audace (e per giuste ragioni); e che l'approccio metodologico avanzato non impedisse poi ad Ascarelli di essere, talora, interprete “conservatore” [...]».

<sup>30</sup> Molto interessante è RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. mer.*, 1970, I, 104 ss. (non conoscevo, o non ricordavo, questo scritto, e dunque ringrazio Andrea Nicolussi, che ne ha parlato al Convegno in memoria di Giovanni Battista Ferri richiamato *supra*, in nota 20): si trat-

nel contesto accademico, lo è assai meno, o per nulla, per ovvie ragioni, quando si tratti di risolvere un problema concreto all'interno di un contesto liberal-democratico, in cui non aiuta né l'idea di un giudice-eroe che fa giustizia a ogni costo, né l'idea di una giustizia straordinariamente ma misticamente attingibile e che mette le cose a posto, proprio perché il diritto positivo prodotto da un sistema ordinamentale liberal-democratico è un diritto giusto per definizione – fatti salvi gli eventuali interventi della Corte costituzionale –, ed è un diritto che, certo, può essere contestato *de iure condendo*, ma che va accettato *de iure condito*; sotto il profilo della giustizia, semmai, ma accenno solo alla questione, viene in primo piano il ruolo normativo del caso concreto, ma non già nel senso di legittimare 'dal basso' quel massimalismo ermeneutico sopra richiamato, quanto piuttosto nell'incentivare il ricorso a un'argomentazione tanto analitica quanto trasparente, così

---

ta di un contributo assai significativo, nella prospettiva del discorso di cui al testo e dell'esigenza (su cui Libertini spesso ritorna) della costruzione di un quadro razionale di principi, soprattutto grazie all'opera della dottrina. Anche in Rodotà è fortemente avvertita la necessità di fissare un quadro organico e stabile di principi: la risposta di Rodotà (una risposta, va detto, senza dubbio più prudente di quella fornita successivamente da altri) sta naturalmente nella massima valorizzazione possibile della Costituzione (in quanto testo costituzionale), senza, però, attribuire a essa alcun valore salvifico o mistico (non è né un toccasana, né un talismano, scrive alla lettera Rodotà, anzi rivendicandone, appunto, quella materialità testuale che dovrebbe forse – e oggi possiamo dire: avrebbe dovuto – favorire il progressivo formarsi di una coscienza giuridica condivisa e di una cultura giuridica non solo comune ma anche trasparente – del resto, più si espandono le virtù delle tecniche argomentative, maggiore è l'esigenza di una piena trasparenza argomentativa, vero pilastro liberal-democratico). Non è possibile qui (tanto più in nota) discutere con la necessaria ampiezza lo scritto di Rodotà. Tuttavia, e proprio nella prospettiva di cui al testo – e altresì rispetto all'esigenza, molto nettamente espressa da Libertini, circa l'urgenza di una (ri)costruzione organica e razionale del diritto privato in quanto diritto a vocazione generalista e quindi necessariamente trasversale –, almeno due aspetti vanno sottolineati: i) cautela (se non vera e propria avversione metodologica, per i rischi che tali aperture comporterebbero) di Rodotà, rispetto a generiche aperture alla 'coscienza collettiva', tanto più problematiche quando il contesto sociale sia assiologicamente pluralistico (come appunto accade nelle società aperte contemporanee – il che è un pregio da valorizzare e non un difetto da cancellare; questo è chiaro); ovviamente, il pluralismo assiologico non può trasformarsi in disordine assiologico, e quindi regolatorio; un disordine che condurrebbe verosimilmente alla disgregazione sociale; ii) centralità del testo costituzionale, in quanto riflesso e espressione di un patto politico di comunità, che come tale deve essere posto al centro della stessa cultura giuridica che da quella comunità sociale promana; e non è un caso che Rodotà richiami una significativa espressione di Massimo Severo Giannini: la Costituzione come convenzione tra le classi sociali. Certo, Giannini scriveva nel 1953 e Rodotà del 1970, e sarebbe chiaramente antistorico ignorare l'incidenza della temporalità – aspetto sul quale, molto giustamente, Raimondo Cubeddu richiama insistentemente l'attenzione, sottolineando, in particolare, il rischio di disgregazione dell'ordine liberal-democratico, a causa della velocità dell'affermarsi socialmente rilevante di nuove pretese individuali –: il significato culturale, e quindi l'incidenza ordinamentale e istituzionale, del patto costituzionale, nel 1953 e nel 1970, è diverso dal significato e dall'incidenza dello stesso testo nel 2024. È un aspetto, mi pare, di primaria e critica rilevanza, all'interno di quel generale e articolato processo di autoanalisi metodologica del ceto dei giuristi che Mario Libertini ci incoraggia a compiere con fiducia, e sul quale occorrerebbe tornare a riflettere.

ritornando alla centralità della politica del diritto degli interpreti, in tendenziale armonia o in tendenziale conflitto con la politica legislativa, e sottolineando altresì come la dimensione della giustizia, in un contesto liberal-democratico, si colloca in un'area per buona parte occupata da un contenutisticamente multiforme principio di legalità, che nella trasparenza argomentativa e nella puntuale considerazione di tutti gli interessi in gioco trova una sua fondamentale espressione.

Insisto su di un punto: l'autolimitazione ermeneutica di cui sto qui discorrendo non è affatto tecnicamente necessitata, perché non ci sono ragioni tecnico-giuridiche particolarmente forti e convincenti che possano imporla (e ripeto che, se ci si pone unicamente sul piano della mera tecnica giuridica, la battaglia è di retroguardia, e dunque è persa in partenza – e io aggiungo: per fortuna), ma è, o comunque lo può essere (e ci sono invero ottime ragioni, ordinamentali e istituzionali, perché lo sia), politicamente necessitata (il che, mi pare, è anche un modo per non smentire la politicità del diritto, e soprattutto la costante politicità dell'atto interpretativo<sup>31</sup>: ma qui si tratterebbe, piuttosto, e per ragioni di contesto, di difendere una politicità della giurisdizione che è autenticamente tale, in un contesto liberal-democratico, se rinuncia alla più o meno capillare riscrittura del sistema ordinamentale<sup>32</sup>, e se dunque rinuncia alla dimensione del conflitto ermeneutico, così accettando il presupposto liberal-democratico che tale riscrittura giurisdizionale, peraltro necessariamente parziale, quando vi sia, spetta alla Corte costituzionale, anch'essa, comunque, ispirata al principio del minimalismo ermeneutico).

**8.** Orbene, a partire da quanto rilevato da ultimo, e proprio richiamando il canone metodico generale cui si ispira Mario Libertini, quello (lo si ribadisce anche in chiave

<sup>31</sup> LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 201-202 (sul problema della continuità fra decisioni e testi normativi): «Si è già detto che questo problema si pone – con diverse gradazioni – per tutti i testi normativi, dai più alti principi costituzionali alle più minute norme regolamentari. E si è anche detto che, per alcuni critici, il riconoscimento di questa apertura linguistica è sufficiente a confutare qualsiasi tesi giuspositivistica. A questo argomento non si può opporre una replica valida sul piano logico (è anche dubbio che sia valida la replica, comunque parziale, che, nei testi normativi distingue un nucleo di certezza da una zona di “penombra”). La sola replica possibile non è logica, bensì storico-sociologica: occorre che l'attribuzione di significato a un certo testo normativo sia condivisibile, e poi condivisa, in un contesto culturale di riferimento. Ciò è cosa diversa dal predicare una costruzione del diritto svincolata dalla coerenza ai testi normativi. Ma, in un clima culturale “postmoderno” e di inclinazioni verso il “pensiero debole”, questo sforzo di ricerca condivisa di significati può concretamente mancare, così indebolendo l'intero ruolo della giurisprudenza, pratica e teorica».

<sup>32</sup> *Ibid.*, 201: «Il ruolo dei giudici non può essere svolto in modo degno se non nell'ambito di un ordine politico-istituzionale stabile; e i giudici possono essere indipendenti solo se è rispettato il principio di divisione dei poteri e chi governa non è decisore di ultima istanza. Quindi, chi auspica l'azione di una magistratura indipendente e prestigiosa, dovrebbe avere ugualmente a cuore il recupero di indipendenza e di prestigio del potere legislativo. Certo, ci vuole ottimismo della volontà per contrastare l'attuale crisi della democrazia, ma mi sembra dissennata l'idea di contrastare questa crisi per via giudiziaria».

definitoria) del giuspositivismo critico, cioè il riconoscimento del primato della legge (anche, o soprattutto, contro il diritto ‘spontaneo’, se non altro per le conseguenze non intenzionali che da quest’ultimo possono discendere), «strumento insuperabile, al fine di garantire la possibilità di modificare consuetudini inique e inefficienti, quando queste si siano formate (ipotesi che non può negarsi in via di principio, a meno di aderire a ideologie liberistiche estreme)»<sup>33</sup>, si può richiamare un aspetto nel quale già ci siamo imbattuti (cfr. *retro*, nota 9), e che senza dubbio è anch’esso riconducibile alla vastissima area delle conseguenze non intenzionali. Alludo al fenomeno (e già se ne avvertono i segnali) per cui, accanto (ma, in realtà, oltre) a una generica, o anche puntuale (come appunto quella di Mario Libertini, ma allora anche il nome di Massimo Luciani va al proposito richiamato), insofferenza verso il ‘creazionismo giudiziario’, nonché verso il diritto spontaneo (che però, e detto *incidenter*, può essere declinato in varî modi – e certamente Hayek e Grossi non possono essere affiancati, come invece ha fatto, recentemente e autorevolmente, proprio Massimo Luciani, posto che non solo l’antistatalismo<sup>34</sup> dei due era

<sup>33</sup> *Ibid.*, 47. Sul punto, ovvero sulla unilaterale desiderabilità di un diritto spontaneo, lungo la pernicioso scia della mano invisibile (perniciosa, se confusa con un immanentismo provvidenziale), cose illuminate e condivisibili (direi anzi decisive, per contrastare il forse intellettualmente affascinante ma realisticamente impraticabile diritto privato libertario, o diritto privato anarco-capitalista) sono state pronunciate (in un recente e ottimamente riuscito – nonostante qualche, o, forse, anche grazie a qualche, intemperanza di Mauro Barberis – seminario pavese, organizzato da Emanuele Tuccari e dal Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, dal titolo “Attualità e criticità nel pensiero di Bruno Leoni”, e svoltosi presso il 15 novembre 2024) dal prof. Raimondo Cubeddu, preclaro studioso del pensiero liberal-libertario, mai rimasto intrappolato nelle secche del cattolibertarismo, da un lato, e dell’anarco-capitalismo, dall’altro, e al quale si debbono gli studi più acuti e istruttivi, almeno in Italia, intorno al liberalismo filosofico-politico, con particolare attenzione rivolta alla Scuola Austriaca. L’intero seminario (i cui atti verranno prossimamente pubblicati nella rivista “Il Politico”, fondata nel 1950 e diretta fino alla morte da Bruno Leoni: <https://www.pagepress.org/socialsciences/ilpolitico>) può integralmente riascoltarsi, grazie alla diffusione effettuata da Radio Radicale, al seguente link: <https://www.radioradicale.it/scheda/745484/attualita-e-criticita-nel-pensiero-di-bruno-leoni>.

<sup>34</sup> LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 49, in nota 100, a proposito dell’antistatalismo di Paolo Grossi, scrive che l’insegnamento di quest’ultimo «esalta, al tempo stesso, tanto il ruolo centrale delle dottrine, quanto la formazione “spontanea” del diritto», identificando poi in Guido Alpa l’archetipo del giurista postmoderno. Solo vorrei qui osservare che il diritto spontaneo di matrice leoniana-hayekiana (con significative differenze, tra Leoni e Hayek, sulle quali non mi soffermo) è tutto fondato sul conflitto tra pretese individuali, all’insegna di un individualismo anche metodologico, rispetto al quale, com’è ben noto, tanto Grossi quanto Alpa sono assai distanti. Del resto, *a fortiori*, se è sicuramente interessante una lettura parallela tra Leoni, Hayek e l’ordoliberalismo, quale quella che ha proposto Claudia Atzeni nel seminario pavese cit. qui sopra in nota 33, non c’è dubbio che, hayekianamente, l’ordoliberalismo non sfugge all’accusa di costruttivismo giuridico: il che, beninteso, non significa affatto che l’opposizione contro ogni intervento statale sia fondata; è anzi vero il contrario, perché allora si dovrebbe avere incrollabile fiducia nella mano invisibile, quale costante produttrice e vettore di benefici sociali: il che certamente non è. Inoltre, dal punto di vista della filosofia politica, il diritto spontaneo leoniano-hayekiano è per il massimo contenimento possibile delle decisioni collettive, nonché dell’interventismo regolatorio, nella logica, volendosi richiamare

diverso, ma soprattutto perché l'antiassolutismo legislativo di Grossi era fondato su di un assolutismo assiologico di matrice religiosa del tutto assente in Hayek, al di là della connessione effettuata dallo stesso Hayek, nel secondo dopoguerra, per ragioni di politica culturale, e assai a malincuore, tra liberalismo e cristianesimo – ma questo è altro discorso, sul quale ha però scritto pagine illuminanti Raimondo Cubeddu), è progressivamente emersa un'insofferenza, se non per l'eccesso di regolazione in sé, per un eccesso di analiticità regolatoria (e il relevantissimo ambito degli obblighi di informazione, spesso, poi, del tutto inefficaci, va certamente ricondotto alla tematica appena richiamata), degenerante in un minuzionismo regolatorio senza dubbio incoerente con l'idea di spazio economico aperto e concorrenziale: siamo del resto di fronte, e ormai da gran tempo, a un'iperregolazione che è poi, anche in termini di politica legislativa eurounitaria, alla base del fenomeno, di impronta spiccatamente ordoliberal, del diritto privato regolatorio<sup>35</sup>.

Riflettendo, ma solo per un cenno, in questa sede, sui riflessi metodologici che possono discendere dalla contrapposizione fra 'ordine giuridico spontaneo' e 'ordine giuridico costruito', si potrebbe anche ritenere (e in effetti alcuni elementi di sostegno argomentativo in questo senso sono presenti tanto nell'opera di Bruno Leoni quanto in quella di Friedrich Hayek) che il creazionismo giudiziario, o comunque una giurisprudenza particolarmente attiva, e dunque al contempo creativa, ben possano esprimere la

---

il lavoro di un illustre accademico statunitense qual è Richard Epstein, delle 'regole semplici per un mondo complesso', che è la ricetta della Scuola Austriaca. Il che, ovviamente (e ciò mi pare pienamente nel solco della lezione metodologica che Mario Libertini ci offre in questa silloge), significa, per il giurista, lavorare per dar vita (e si potrà dire certamente anche 'costruire', senza alcuno scandalo 'austriaco') a una serie di principi generali, come cerco di dire meglio nel testo, seguendo appunto il ragionamento di Libertini. Principi generali che ben possono essere affidati, anch'essi, alla competizione intellettuale tra giurisprudenza e dottrina, lasciando così al margine il ruolo del legislatore. Cfr. infatti *ibid.*, 319-320: «Una riflessione sul contributo dato da Tullio Ascarelli al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale deve prendere le mosse dalla considerazione del quadro ideologico in cui la trattazione della materia era inserita dall'a. (impostazione necessaria per tutta l'opera di A., se si tiene conto dell'assunto metodologico da lui professato, che sottolineava il ruolo dei giudizi di valore dell'interprete nella costruzione delle soluzioni giuridiche). In questa prospettiva, si deve allora ricordare che il pensiero dell'a. è fortemente radicato nella tradizione liberale europea. Nella concezione, di cui A. è partecipe, l'intera vita sociale è vista come un grande gioco non cooperativo fra individui; un gioco non cooperativo che tuttavia riesce a produrre esiti di benessere collettivo. Ritroviamo così in A. un luogo tipico dell'ideologia liberale: la considerazione dell'individuo come realtà primaria e come valore e la diffidenza verso l'attribuzione di un valore oggettivo alle formazioni sopraindividuali. L'individualismo ascarelliano è non solo (e non tanto) metodologico, ma piuttosto (e seppur non dichiaratamente) ontologico».

<sup>35</sup> Cfr. anche quanto si legge *ibid.*, 131: «[I] dialogo fra giusprivatisti (con particolare riguardo ai cultori del diritto delle imprese e dei mercati) e giuspubblicisti dovrebbe intensificarsi e rivolgersi verso la costruzione di una "parte generale del diritto" che dovrebbe comprendere, da un lato la discussione razionale sul contenuto dei principi fondamentali, dall'altro la costruzione di un sistema di regole generali residuali, che dovrebbe essere realizzata abbandonando l'antico preconetto della "generalità" del diritto romano-civile e della specialità di tutto il resto».

cifra, tanto culturale, quanto politica, quanto, ancora, metodologica di un diritto liberale, inteso nel senso di un diritto che protegge quelle situazioni giuridiche le quali, spontaneamente, perché prodotte da una competizione tra pretese individuali che troverebbe poi nel processo e nel giudizio, e dunque nella deliberazione giudiziale, più che nella deliberazione legislativa, il momento formalizzatore, tanto istituzionale quanto ordinamentale, si sono affermate.

Ciò mette bene in evidenza almeno un aspetto (richiamato anche da Libertini)<sup>36</sup>, ovvero: è la stessa libertà individuale in azione, è la stessa competizione tra pretese individuali a dare origine alla dimensione ordinamentale collettiva (da questo punto di vista, non c'è dubbio che le proposte teoriche dell'anarco-capitalistico – che richiamo appunto perché sono le più radicali<sup>37</sup> – siano debolissime, volendo esse appunto distruggere la dimensione collettiva, ma non capendo che quest'ultima può anche essere il prodotto della libertà individuale).

9. Aggiungerei, per richiamare un ulteriore aspetto che molto sta a cuore a Libertini, che, se è vero che la libertà richiede un quadro giuridico sufficientemente organico entro il quale potersi svolgere; e se è altrettanto vero che tale quadro può essere il prodot-

<sup>36</sup> *Ibid.*, 331-332: «A me sembra tuttavia, ripensando le idee di fondo di A.[scarelli] sulla funzione dell'economia di mercato e sui principi giuridici da applicare alla stessa per realizzare finalità di benessere collettivo, che egli avesse intuito, con mezzo secolo di anticipo, come la linea maestra, in materia di politica e di diritto della concorrenza, può essere data solo da una sintesi – a prima vista difficilissima e stridente – fra il quadro fornito dalla scuola austriaca (concorrenza come processo, efficienza dei mercati intesa soprattutto come efficienza dinamica) e la cornice fornita dalla scuola ordoliberal (necessità di un forte intervento correttivo pubblico per garantire la continuità di un processo concorrenziale virtuoso)». Ma in riferimento alle brevissime osservazioni di cui al testo va visto l'intero saggio dal quale ho appena citato un brano: *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, 319-346.

<sup>37</sup> Assai meno radicali, a mio avviso (ma la pensa diversamente Libertini, il quale, *ibid.*, 341, in nota 31, fa riferimento al «minuscolo partito radicale, allora nato da poco a seguito di una scissione “da sinistra” del partito liberale italiano, e non ancora caratterizzato dallo stile libertario estremista, che lo segnerà nella storia dei decenni successivi»), le tesi economiche del partito radicale (che pure ebbe, nei primi anni Novanta, una infatuazione culturale di stampo leonian-hayekiano: sarebbe allora molto interessante, detto qui del tutto incidentalmente, ricostruire, in parallelo, la fase del partito – e dunque di Marco Pannella – orientata al più rigoroso giuspositivismo testualista (da cui le note critiche rivolte alla magistratura e soprattutto alla Corte costituzionale), seguita da una progressiva, e opposta, esaltazione giurisprudenziale, soprattutto in ambito eurounitario e internazionale. Qui si aprirebbe, a mio avviso, uno spazio politico-culturale per una riflessione sul diritto inteso quale istituzione della libertà, cui, in certa misura, ricondurre quella giurisprudenza creativa che non riesco a non pensare affine al 'modello' leonian-hayekiano, a partire dalla centralità del soggetto, che valorizza un individualismo metodologico certamente inconsapevole ma socialmente significativo perché ampiamente diffuso (non è evidentemente questa la sede per proseguire il discorso: molte idee sono ora in CUBEDDU, *Austrian Liberalism after Friedrich A. Hayek's Law, Legislation, and Liberty*, in *Il Politico*, 1/2023, 107 ss., <https://www.pagepress.org/socialsciences/ilpolitico/article/view/816>).

to di un duplice fattore: lo scontro tra pretese individuali e le decisioni giurisprudenziali, non si può allora certamente escludere che tale quadro giuridico non veda il legislatore quale protagonista. In sintesi, se i principi sono fondamentali, essi non sono una variabile dipendente del legislatore, ma lo potrebbero essere di una 'giurisdizione della libertà'. In altre parole, l'idea di competizione politico-culturale espressa con un linguaggio tecnico dovrebbe valorizzare proprio dottrina e giurisprudenza (assai meno il legislatore, che, da questo punto di vista, in effetti potrebbe essere anche relegato a ruolo di 'legislatore di complemento', o 'legislatore di dettaglio'). E si tratterebbe, come ovvio, di una valorizzazione contestuale, rispetto, cioè, alle circostanze sulle quali operare in senso ricostruttivo e costruttivo, come mostra significativamente Libertini, richiamando le reazioni critiche rivolte alla sua tesi circa l'applicazione estensiva del rimedio di cui all'art. 2058 c.c., quando il danno ingiusto sia stato cagionato da un'impresa o sia stato subito da un'impresa, e circa l'applicazione generalizzata del rimedio inibitorio, in quanto anch'esso rimedio specifico contro i danni<sup>38</sup>.

Si tratta di critiche che rivelano un dogmatismo impediente l'evoluzione (io vorrei dire spontanea, cioè favorita, empiricamente, dai reali interessi sottesi a un certo conflitto, e dalle caratteristiche degli interessi e del conflitto) dell'ordinamento, all'interno di quella logica della complessità<sup>39</sup> che dovrebbe favorire il cambiamento (anche in senso temporale), e che, in ambito giuridico, è stata messa molto ben a frutto (e l'autore, significativamente, se non inaspettatamente – mi riferisco a un giurista sicuramente classico quale Angelo Falzea, ma, se mi posso permettere di esprimermi in questi termini, salvato dai suoi interessi scientifici extragiuridici<sup>40</sup>, e in particolare antropologici – richiama, e non per ragioni strettamente bibliografiche, Friedrich Hayek), appunto da Angelo Falzea, in un contributo ricchissimo di spunti e meritevole di un'attenzione maggiore di quanto abbia avuto finora. Mi spingerei a dire che la teoria falzeiana della complessità (antinormativistica)<sup>41</sup> riesce, se svolta fino in fondo e se anche irrobustita o revisionata

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, 65 (quasi alla lettera). E l'autore osserva, molto convincentemente, che le opinioni contrarie erano «tutte incentrate sul concetto stesso di risarcimento come rimedio *ex post* e sull'incompatibilità concettuale di questa nozione con una tutela "preventiva" come quella inibitoria. [...] La dottrina continua poi a ritenere che il problema si risolverebbe con l'applicazione diretta dell'art. 24 Cost. [...], rifiutando però l'ipotesi di un'interpretazione evolutiva estensiva, orientata ai principi, non solo e non tanto dell'art. 2058, ma anche della stessa norma in materia di concorrenza sleale. [...] Lo scarso peso sistematico delle ragioni dell'impresa, nella disciplina della responsabilità extracontrattuale, non si limita alle ricordate difficoltà di riconoscere un'applicazione estesa dei rimedi specifici. Una palese arretratezza si manifesta anche nella materia della determinazione del danno per equivalente, quando soggetto leso sia un'impresa».

<sup>39</sup> FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 201 ss.

<sup>40</sup> Interessi assai opportunamente valorizzati da Natalino Irti, nella sua 'Introduzione' al Convegno linceo del 9 ottobre 2024, intitolato "Angelo Falzea, un maestro del Novecento giuridico italiano" e promosso da Gianni D'Amico e da Attilio Gorassini. L'intervento di Irti è qui riascoltabile: <https://www.lincoi.it/it/videoteca/09102024-angelo-falzea-parte-1>.

<sup>41</sup> FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 212: «Al normativismo giuridico sfugge il fatto che a deter-

qua e là, a conciliare la necessaria stabilità del sistema ordinamentale (che è innanzitutto un valore politico: solo la stabilità può consentire la massima espansione della libertà individuale, e l'esercizio massimo possibile, socialmente, appunto, espansivo e non disgregatore, nella logica di un comunitarismo liberale che potrebbe rappresentare, se non il giusto mezzo filosofico-politico, quantomeno un equo temperamento tra le ragioni individuali della libertà e le esigenze collettive della socialità) con l'altrettanto necessaria trasformazione ordinamentale (più o meno rapida), ché, altrimenti, verrebbero impediti, in larga misura, quegli stessi svolgimenti della libertà individuale (alla base di ogni esperienza di vita aggregata) funzionali alla conservazione dell'ordine giuridico, e conducendo invece alla progressiva chiusura dell'ordinamento giuridico, alla progressiva chiusura della società, al progressivo inaridimento giurisprudenziale, posto che, invece, in questa chiave, il diritto vivente non può che assurgere a fonte del diritto *pleno iure*, se non (ma forse qui c'è, da parte mia, una qualche esagerazione) a principale fonte del diritto<sup>42</sup>.

minare il contenuto regolativo delle norme giuridiche concorre sempre la prassi attuativa del diritto formalizzato e, per i problemi non risolti con regole formali, la prassi genetica del diritto non formalizzato». Naturalmente, questo antinormativismo falzeiano fa il paio con la sua critica rivolta, in parallelo (e condivisibilmente, altrimenti si ricade in quel dogmatismo, quando non fanatismo, antilegislativo che ha condannato – e io aggiungo: purtroppo – alla irrilevanza giuridica grandissima parte di quel mondo libertario e anarco-capitalista, richiamato anche poco sopra, che continua a giurare sulle parole e sulle idee di un Mises e di un Rothbard; *incidenter*, aggiungo – esprimendo ammirazione per l'attenzione rivolta da Mario Libertini alle evoluzioni del liberalismo – che anche Ludwig von Mises è presente nel volume: a p. 330, in un passaggio – e non è l'unico – in cui l'autore riflette su alcuni aspetti della Scuola Austriaca), all'antinormativismo integrale, che, «a sua volta, non tiene conto che l'agire pratico spontaneo dei componenti di un insieme e l'attività autoritativa della giurisprudenza includono, in tutto l'arco delle loro implicazioni, nella immanenza dei singoli atti che li compongono e nella trascendenza degli indirizzi che quegli atti concorrono a formare od a confermare, l'orientamento regolatore che assume, nella ripetitività, natura sostanzialmente normativa: l'agire pratico spontaneo e l'agire pratico giurisprudenziale integrano una prassi giuridica, fonte di norme sostanziali che guidano i soggetti nei loro comportamenti quotidiani e che consentono loro di predire quali saranno gli esiti giuridici, fuori ed entro il processo, del loro comportamento» (212).

<sup>42</sup> Su questo aspetto immagino il dissenso di Mario Libertini. Ma il suo probabile dissenso richiede, da parte mia, un chiarimento. LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 47, osserva che il contrasto tra un diritto a formazione spontanea (quindi anche contrattuale e giurisprudenziale) e un diritto a formazione istituzionale può risolversi, in virtù dell'adozione di quel giuspositivismo critico, ormai più volte richiamato, che sfocia nel primato della legge e dunque «[ne]la riserva della decisione di ultima istanza in capo al potere legislativo e [ne]la conseguente tassatività del sistema delle fonti». Ora, se però lo stesso Libertini, pochi passaggi dopo, scrive che la giurisprudenza teorica, cioè appunto la dottrina, va intesa «come costruttrice di un sistema razionale di principi e regole, in continuità formale e sostanziale con un ordinamento dato, storicamente esistente e politicamente accettato» (48), si può forse tentare una difesa del diritto vivente e di una giurisprudenza creativa all'interno di un ordine giuridico stabile, e quindi conoscibile. Da questo punto di vista, il problema centrale è quello della stabilità dell'ordinamento, della sua conoscibilità, della sua prevedibilità. Ma allora non è una questione di fonti del diritto, quanto piuttosto di contenuto politico-culturale di esse. E se è così, tutto si gioca, ancora una volta, sulla cultura istituzionale presente in un certo momento storico all'interno di una certa collettività.

Del resto, se proprio al centro del programma scientifico di Mario Libertini c'è l'attenzione rivolta all'esame empirico della prassi e agli interessi in gioco, all'argomentazione per principi<sup>43</sup>, al substrato socio-economico (un'attenzione, quest'ultima, che impone la rilettura delle norme – o meglio, il loro adattamento e la loro trasformazione, e naturalmente non solo in via interpretativa –, laddove è certo opinabile muovere «dai testi normativi, piuttosto che dall'esame del substrato socioeconomico [...]»<sup>44</sup>), logica conseguenza è che ci sia un lavoro cooperativo tra dottrina e giurisprudenza, onde appunto elaborare un quadro generale, stabile ma non rigido. Si tratta di un lavoro cooperativo che coinvolge, o che dovrebbe coinvolgere, l'intera comunità giuridica, nel segno del «ri-fiuto dello specialismo in senso forte (“autonomia giuridica”), in favore di una concezione forte dell'unità del diritto e del metodo giuridico [...]»<sup>45</sup>. Ovviamente, è una prospettiva in sé transgiuridica (per lo meno – soprattutto perché, al fine di conoscere effettivamente il substrato socioeconomico non si può essere giuristi, e basta), e, anzi, proprio pensando al diritto privato quale complessivo apparato ordinatorio socioeconomico<sup>46</sup>, esso deve ovviamente accettare l'idea di assumere una fisionomia, a volte più a volte meno, pubblicistica (e del resto, il già richiamato diritto privato regolatorio è esattamente questo), o se si preferisce istituzionalistica: poiché l'esigenza di ordine e di mettere in ordine è una primaria esigenza sociale, ogni aspetto socialmente rilevante va visto in funzione della progressiva costruzione di un ordine giuridico tanto sufficientemente stabile quanto sufficientemente duttile, proprio per non mortificare la stessa funzione regolatoria che sta alla base del diritto in quanto meccanismo sociale<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> *Ibid.*, cit., 61.

<sup>44</sup> *Ivi.*

<sup>45</sup> *Ibid.*, 68. E cfr. anche 98, a proposito di «un metodo che non muove dal testo normativo per adattarlo alla realtà, ma – per usare le parole di Ascarelli – muove dall'analisi della realtà socio-economica per poi costruire una disciplina normativa della realtà volta a conciliare la “natura delle cose” (oggi diremmo, forse, l'efficienza economica) con una doverosa continuità con i testi normativi». Inutile aggiungere che il metodo qui descritto assume rilevanza per l'intera materia giuridica, non certo per il solo diritto commerciale. Altrimenti il diritto diventa una scienza di norme, laddove è scienza di fatti, ovvero è chiamato a disciplinare giuridicamente fatti, che vengono prima delle norme, e rispetto ai quali le norme vanno interpretate, cioè applicate. Inutile precisare che non ci si può stupire del largo successo che, negli Stati Uniti, stanno avendo i metodi empirici (da considerare anche, in chiave di teoria della conoscenza e di storia delle idee, quale reazione agli eccessi decostruzionistici, che hanno pericolosamente legittimato i più vari e superficiali soggettivismi). Ovvio, non tutti i problemi giuridici possono dar luogo a domande empiriche (e non c'è alcun dubbio che ogni metodo, come già precisato, se serio e seriamente praticato, ha in sé, in quanto metodo, la propria, inattaccabile, legittimità), ma ovvio, anche, che molte delle domande cui il diritto deve rispondere sono domande empiriche, donde la necessità della conoscenza dei dati, di ciò che accade nella realtà – economica, sociale, ideologica, culturale, ecc. Tutto ciò che può essere misurato è fonte di informazione, e l'informazione è alla base di ogni conoscenza.

<sup>46</sup> V. qui sopra, testo e note 44-45.

<sup>47</sup> *Ibid.*, III: «La reazione al concettualismo si incentrò dunque sull'esigenza di costruire le regole di diritto dando prevalente attenzione ai valori e agli interessi tutelati dall'ordinamento,

**10.** Qui si apre lo spazio per una significativa (e in larga parte ancora da fare, almeno in termini rinnovati) riflessione sulla formazione giuridica oggi: lasciamo da parte il *curriculum* universitario, ma se pensiamo alla fase *post lauream*, e in particolare al dottorato di ricerca, io non avrei dubbi nel ritenere indispensabile, accanto alla formazione specialistica (con lezioni *ad hoc*), una buona dose di economia, storia economica, sociologia (oltre a altri corsi a scelta): indispensabile, per un dottorato che fin dall'inizio si prefigga un ambizioso e arduo programma culturale.

Da questo punto di vista, a mio avviso, stona – e oggi più di ieri – che il corso di laurea magistrale duri 5 anni e il corso di dottorato 3, quando il dottorato dovrebbe invece servire proprio per varcare quelle frontiere che possono essere invece opportune, o comunque comprensibili, per un operatore giuridico.

Senza eccesso d'ambizione, si potrebbe almeno pensare a un periodo di formazione comune, con cadenze regolari, in cui tutti gli iscritti ai corsi di dottorato in diritto seguano un contemporaneo e parallelo aggiornamento (non strettamente normativo, questo è ovvio, ma prevalentemente cultural-metodologico) in tutti gli ambiti giuridici (il che, si spera, potrebbe anche rafforzare quello spirito di comunità intellettuale che è sempre fondamentale).

In questa linea, a me pare che alcune indicazioni che Mario Libertini ci offre possano essere subito messe a frutto e tradotte in un programma di politica culturale. Mi riferisco, in particolare, alle pagine del volume in cui emerge benissimo la necessità di conciliare l'aspetto teorico-generale con l'aspetto empirico-operativo. In principio ci sono i problemi, non i concetti, non i dogmi. È vero che il problema assume una connotazione diversa a seconda del filtro concettuale attraverso cui lo si osserva, ma resta il fatto che un determinato accadimento, in sé, è un *novum* (più o meno problematico), e dunque, quale che sia il filtro concettuale, una risposta, a tale novità, occorre darla.

E la risposta (che è per definizione ordinamentale – un ordinamento aperto e di respiro transnazionale, questo è fuor di dubbio) muove certamente, anche quando sia innovativa, da quel quadro che si può, senza difficoltà, definire teorico-generale, e che va inteso quale cornice argomentativa: a esso si riferisce infatti Libertini, quando sottolinea come «la “parte generale” del diritto dovrebbe essere oggi costruita su due componenti: a) la costruzione dei principi ordinanti dell'ordinamento, con particolare attenzione all'esigenza di precisare il contenuto assiologico di ciascun principio e di individuare i criteri di contenimento fra i diversi principi; questa parte comprende tanto la definizione di “beni giuridici” di rilevanza costituzionale (per esempio: famiglia, ambiente,

---

nonché ai nuovi fenomeni e rapporti continuamente creati dallo sviluppo economico». Ma proprio rispetto a tale situazione emerge il lato oscuro dello specialismo, come osserva Libertini. E cioè: se proprio i giuristi specialisti hanno maggiore sensibilità dei giuristi generalisti, appunto perché sono più vicini ai fatti e agli interessi, è a partire da una siffatta esigenza – osserva appunto il nostro autore – che «i cultori dei diritti speciali trovarono (e trovano ancora oggi) buon gioco per contestare l'idea stessa della possibilità di costruire un sistema giuridico generale, e rivendicano, più o meno decisamente, l'autonomia “giuridica” del settore relativo» (*ivi*).

concorrenza, ecc.), quanto la definizione dei diritti fondamentali della persona, quanto, infine, la definizione di principi organizzativi (per esempio: divisione dei poteri, trasparenza, ecc.); b) la costruzione di una trama di *regulae juris* generali (disciplina degli atti, dei procedimenti, delle situazioni soggettive e relativa tutela), da applicare in funzione residuale tutte le volte in cui l'insieme dei principi e delle fonti speciali applicabili a una certa situazione lasci spazi di incertezza e giustifichi il richiamo a tali regole residuali»<sup>48</sup>.

Il discorso che Libertini svolge nelle pagine qui considerate (e che l'autore stesso presenta quale «programma [culturale] ambizioso e di difficile realizzazione»<sup>49</sup>) va seguito con particolare attenzione, soprattutto in riferimento alla critica rivolta alla cultura giuridica accademica italiana: «Io credo che la cultura giuridica italiana si sia smarrita di fronte alla complessità dei problemi, che sembravano affermati dal programma di una “giurisprudenza per principi”, enunciato in alcune note posizioni degli anni Settanta del secolo scorso [il riferimento, ovviamente, è in primo luogo alla prolusione maceratese di Stefano Rodotà, intitolata *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, letta il 18 dicembre 1966, pubblicata nel 1967 nella *Riv. dir. comm.* e successivamente ristampata da Editoriale Scientifica, nel 2007, con una prefazione – *Quarant'anni dopo* – dello stesso Rodotà]. La difficoltà del percorso, in una con la deriva politicista assunta da molti fautori (a parole) del metodo, ha probabilmente prodotto il risultato di far perdere alla giurisprudenza colta l'ambizione di svolgere un ruolo di guida a quella che una volta si sarebbe chiamata “giurisprudenza pratica”. A ciò credo che abbiano anche contribuito, in modo determinante e in egual misura, una sorta di entropia interna all'organizzazione accademica, corrosa dalla spinta centrifuga degli interessi personali dei suoi componenti, ed un progressivo isterilirsi della domanda, da parte del ceto politico, di grandi costruzioni giuridiche (fenomeno a cui si contrappone l'incremento della domanda di servizi giuridici privati, di contenuto sempre più specialistico). Una “scienza” giuridica schiacciata nel presente si è così trasformata in esegeta della giurisprudenza e tende sempre più a dividersi in ambiti specialistici non comunicanti fra loro»<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 112. E Libertini così prosegue: «La prima parte del programma, che ho cercato di delineare, appartiene *tout court*, se vogliamo richiamare le divisioni accademiche, al diritto costituzionale. La seconda è in parte riferibile a quella disciplina, oggi piuttosto negletta, che è la teoria generale del diritto. In buona sostanza credo però che ambedue i campi debbano e possano essere percorsi da giuristi formati in varie discipline, e che il privatista non abbia meno titolo del costituzionalista di professione, nel pronunciarsi sul contenuto assiologico di beni giuridici di rilevanza costituzionale, e che non vi sia una legittimazione superiore del privatista rispetto all'amministrativista o al processualista nel costruire una teoria generale del procedimento o dell'invalidità degli atti, ecc. Non credo dunque che possano riconoscersi primati disciplinari. Credo piuttosto che alcune discipline abbiano conservato una vocazione “generalista”, che le rende particolarmente titolate ad impegnarsi sul terreno della costruzione della parte generale del diritto. Il diritto civile è tra queste, anche se mi sembra di avvertire un progressivo indebolimento della sua vocazione generalista» (113).

<sup>49</sup> *Ibid.*, 114.

<sup>50</sup> *Ivi.*

Anche sotto questo profilo, mi pare, emerge il rammarico (in primo luogo intellettuale) di Libertini per ciò che si potrebbe forse semplicemente chiamare scarso interesse del ceto giuridico (considerato ora in chiave unitaria) per i problemi politico-culturali (e non sarà del resto un caso che Libertini consideri, certo dolendosene, inattuale la grande lezione metodologica di Ascarelli<sup>51</sup>), ovvero, e in parallelo, per le ideologie dei giuristi; da cui, un uso, a volte superficiale, altre volte strumentale, della tecnica giuridica, dimenticando che il vuoto che si produce sul piano culturale non solo non può essere colmato dalla sapienza tecnica, ma impedisce che tale sapienza possa formarsi, e comunque consolidarsi.

La grande mancanza è stata anche quella (e forse lo è tuttora) di una cultura giuridica condivisa, la quale dà stabilità ermeneutica a un ordinamento (con il rischio, naturalmente, che tale stabilità vada contro esigenze di cambiamento storicamente attestate; da cui l'ancoraggio a una fonte che consenta la stabilità nella mobilità, e si vorrebbe dire: l'ordine e il progresso). Naturalmente, parlando di stabilità ermeneutica, è ovvio che il principale presupposto di quest'ultima è la sussistenza di un quadro di principi generali. Da questo punto di vista, si sia giuristi 'dottrinaristi' o giuristi 'giurisprudenzialisti', le cose non cambiano molto. Perché si tratta pur sempre di fare uno sforzo di costruzione giuridica proiettata sul contesto di riferimento, e a partire da determinate premesse ideologiche, che vanno dichiarate per ragioni di trasparenza, perché sono appunto il fondamento politico-culturale di un agire giuridico che abbia effettiva portata istituzionale.

Rispetto a tutto ciò, la cultura giuridica italiana contemporanea mostra un qualche arretramento, e dovrebbe compiere quel benefico rinnovamento complessivo così efficacemente descritto da Mario Libertini. Beninteso, ci sono state e ben potranno esserci valutazioni differenti, rispetto allo stato di salute (intellettuale e istituzionale) della cultura giuridica italiana. Quello che è però certo è che questo volume è un prezioso incentivo alla riflessione ed è una portentosa e ammirevole testimonianza di orgoglio intellettuale.

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, 305-306, testo e nota 3.





### Oltre i confini. L'internazionalizzazione del diritto privato



Elena Bargelli

Prof. ord. dell'Università di Pisa

Nell'introdurre il convegno promosso dall'Associazione Civilisti Italiani "Oltre i confini. L'internazionalizzazione del diritto privato", svoltosi a Pisa 17 novembre 2023, occorre ricordare il duplice ordine di fenomeni da cui l'idea stessa del convegno è scaturita: per un verso, il moltiplicarsi di fonti sovranazionali e lo stemperarsi della grande divisione fra diritto pubblico e privato (quale conseguenza del trionfo del modello istituzionale dello Stato regolatore<sup>1</sup>); per un altro verso, la meticolosa definizione dei raggruppamenti dei saperi giuridici e dei loro reciproci confini, ridisegnati, da ultimo, dal DL n. 36/2022.

Un'articolazione dei saperi – ai fini didattici, di caratterizzazione dei Dipartimenti universitari, di reclutamento dei docenti – che passa, dunque, attraverso la loro accurata spazializzazione e la conseguente creazione di confini in via normativa: confini che, per essere disegnati, necessitano dell'immagine metaforica della "linea", con la quale si riconoscono simbolicamente spazialità differenti. Come per i confini geografici, la definizione degli spazi è condizione del riconoscimento, al contempo, dell'identità e dell'alterità dei gruppi<sup>2</sup>: idealmente segnate dall'indipendenza delle fonti, dei metodi, dei concetti<sup>3</sup>. L'organizzazione della produzione e della trasmissione del sapere mima lo stesso processo di creazione dei confini geografici, frutto di una naturale tensione nell'essere umano<sup>4</sup>.

Scopo di un convegno dedicato all'internazionalizzazione del diritto privato non può certo essere quello di mettere in discussione le aggregazioni disciplinari e la loro organizzazione ministeriale; piuttosto, l'intendimento, più modestamente, è di ricorda-

<sup>1</sup> ZOPPINI, *Diritto privato VS diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, 371 ss.

<sup>2</sup> BRECCIA, *Diritto civile fra frammentazione e unità del sapere*, in *Immagi del diritto privato*, vo. I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, 70.

<sup>3</sup> SFERRAZZA PAPA, *Filosofia e Border Studies. Dal confine come "oggetto" al confine come "dispositivo"*, in <https://journals.openedition.org/estetica/7436>.

<sup>4</sup> DIENER - HAGEN, *Borders. A very Short Introduction*, Oxford, 2024.

re la necessità di non dare peso ontologico all'accumulo documentale-burocratico che stabilisce artificialmente l'esistenza di divisioni fra i saperi e di non avere il timore di attraversarli.

Il confine, nella giornata dedicata all'internazionalizzazione del diritto privato, ha un significato duplice: perché il rapporto che si vuole indagare è quello fra diritto privato (generalmente conchiuso dentro la dimensione nazionale) e discipline che presuppongono spazialità differenti, dal punto di vista geografico e ordinamentale.

L'indagine sul rapporto fra il diritto privato da un parte, il diritto comparato, il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione Europea dall'altra si snoda, nelle tre sessioni del convegno, per coppie di discipline e intende mettere in luce le interazioni reciproche fra la prima e ciascuno delle altre: con l'attenzione rivolta alla circolazione dei concetti e degli argomenti piuttosto che agli steccati disciplinari.

Non è possibile nascondersi, d'altra parte, che è la spazialità del diritto privato, disegnata dal codice civile "e dalle leggi complementari" (come suona la definizione ministeriale)<sup>5</sup> a essere messa maggiormente in discussione dai mutamenti più recenti delle materie che tale disciplina dovrebbe indagare. Riflettendo i confini della cartina politica, il diritto privato stenta a rispondere fedelmente alla complessità della realtà, dove le linee divisorie fra uno spazio e un altro sono messe in discussione da fenomeni globali: la presenza di organismi sovranazionali e il conseguente incremento e maggior complessità delle fonti del diritto, il carattere universale dei diritti umani, la globalizzazione economica e culturale, la crescente mobilità delle persone.

Se il ruolo del diritto privato come modello del sistema giuridico *tout court* appartiene definitivamente ai fasti del passato, il suo spazio – se delimitato dal codice civile e dalle leggi complementari – rischia ora di divenire addirittura residuale (o di rimanere eclissato)<sup>6</sup> in virtù del proliferare delle fonti, in senso ampio, sovranazionali.

Come antidoto al senso di smarrimento che determina la crisi dei confini, i contributi raccolti e via via offerti ai lettori di *Accademia* indicano la strada dell'attraversamento della complessità, già tracciata in occasione del convegno dell'Associazione dei Civilisti di 10 anni fa<sup>7</sup>; in particolare, dei contributi presentati al convegno pisano si pubblicano, in questo numero, quello di Barbara Pozzo, in tema di multilinguismo, e quello di Ilaria Pretelli, sulla transnazionalizzazione del diritto privato.

La strada dell'attraversamento non è certo inedita per quanto riguarda il diritto privato e il metodo comparatistico, perché la loro reciproca interconnessione – nelle due direzioni indicate da A. Gambaro: ampliamento dell'orizzonte di osservazione conoscitiva e integrazione dei formanti culturali – è persino immanente all'evoluzione storica degli istituti privatistici.

---

<sup>5</sup> "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".

<sup>6</sup> Il riferimento è a CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, spec. 227 ss.

<sup>7</sup> BRECCIA, *op. cit.*, 73 ss.

L'interconnessione, poi, è persino potenziata dal processo di europeizzazione del diritto privato e del diritto internazionale privato. In quest'ultimo ambito, in particolare, lo studio comparatistico è funzionale alla creazione di un discorso internazionale sui problemi della scienza giuridica e permette di raggiungere "una visione di insieme al di sopra delle divergenze e delle sopravvalutazioni nazionali"<sup>8</sup>.

In conseguenza della progressiva europeizzazione del diritto internazionale privato a partire dal Trattato di Amsterdam, infatti, è mutato profondamente il rapporto con i diritti privati nazionali<sup>9</sup>. Il diritto internazionale privato non è più concepito come un dispositivo volto a garantire nella massima misura l'applicazione del diritto nazionale, né una specie di livello di giustizia parallelo a quello perseguito sul piano sostanziale, ma è piegato al perseguimento di obiettivi fissati nella legislazione primaria dell'Unione – la libera circolazione di persone e di merci – e al rispetto dei diritti fondamentali proclamati nella CEDU e nella Carta Europea dei Diritti. Esso, pertanto, può ben perseguire fini regolatori anche sostanziali, sia attraverso l'imposizione di standard minimi di riconoscimento, sia tramite l'ordine pubblico: non più inteso solo come barriera al diritto straniero ma quale concetto ibridato dal diritto "costituzionale" europeo.

Si crea, dunque, un livello di interazione in passato sconosciuto fra diritti privati nazionali e regole europee di conflitto e di riconoscimento: i primi fungono da base conoscitiva e, spesso, da scaturigine delle seconde, per esserne a loro volta influenzati una volta che la regola aliena viene applicata e vive nell'ordinamento di destinazione.

Infine, molteplici e note sono le diramazioni dell'influenza del diritto sostanziale dell'Unione Europea sui diritti privati nazionali, capace di insinuarsi ben oltre gli spazi tracciati dalla legislazione primaria e secondaria: è quanto accade attraverso l'interpretazione autonoma dei concetti del diritto europeo, l'autonomia procedurale (biforcata nei principi di equivalenza e di effettività), il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale, l'interpretazione conforme, gli effetti *spillover* su materie completamente estranee all'intervento dell'Unione, l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali, dei diritti fondamentali e degli standard regolatori.

Dopo il fervore alimentato intorno all'idea di un codice civile europeo o di un Quadro Comune di Riferimento o, infine, di una disciplina comune della vendita, è oggi meno esplorato il tema del contributo del diritto privato nazionale alla costruzione del diritto privato europeo. Tuttavia, vale la pena di porsi l'interrogativo se e come le "visioni di insieme al di sopra delle divergenze" cui si riferiscono Zweigert e Kötz – sublimati nella categoria dei *general principles of civil law* – svolgano un ruolo nell'interpretazione della legislazione secondaria dell'Unione: nelle ipotesi, ovviamente, in cui sussista una lacuna che non può essere colmata dall'interpretazione autonoma.

<sup>8</sup> ZWEIFERT - KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1998, 3 s.

<sup>9</sup> BASEDOW, *The Communitarisation of Private International Law. Introduction*, in *RabelsZ* Bd. 73, 2009, 455 ss.

Dopo la loro epifania in qualche decisione a cavallo del nuovo millennio, il ruolo dei *general principles of civil law* si è consolidato nelle argomentazioni della Corte di Giustizia dell'Unione, pur convivendo accanto ad altri congegni argomentativi volti a colmare le lacune della legislazione secondaria: l'interpretazione estensiva ed autosufficiente di concetti adoperati nella legislazione europea (per esempio, il danno non patrimoniale nella decisione *Leitner*, la riduzione del costo totale del credito in quella *Lexitor*), il diritto a un rimedio effettivo o, addirittura, il riferimento alle specificità di un certo mercato (nella decisione *Unicredit*).

Resta tuttora aperto il tema dell'interpretazione delle fonti secondarie dell'Unione Europea, dell'individuazione delle lacune e delle tecniche per colmarle. Non sempre, poi, viene soddisfatta dalla giurisprudenza europea l'esigenza di esplicitare le ragioni giuridiche a fondamento delle decisioni, senza le quali si apre il varco all'incertezza e al senso di ingiustizia<sup>10</sup> e cresce la sensazione di incalcolabilità<sup>11</sup>.

Si assiste, certamente, al rischio che il diritto europeo, enfatizzando la propria autonomia e producendo una mole alluvionale di legislazione spesso carente di un minimo coordinamento sistematico, crei un separatismo che alimenta nuovi confini, anche all'interno dello stesso nuovo ordinamento giuridico "in crescita"<sup>12</sup>.

Grava sugli interpreti nazionali il compito ingrato di tentare di governare le vecchie e nuove frammentazioni del sapere, capaci di creare muri senza pietre che condizionano l'approccio intellettuale delle ricerche scientifiche e, alla fine, la razionalità delle decisioni.

---

<sup>10</sup> BRECCIA, *Il diritto civile tra frammentazione e unità del sapere giuridico*, cit., 72.

<sup>11</sup> Il termine è ripreso da IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>12</sup> BASEDOW, *EU Private Law: Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge, 2021.



# La traduzione giuridica nel prisma del multilinguismo europeo



Barbara Pozzo

Prof. ord. dell'Università dell'Insubria

**SOMMARIO:** 1. Diritto e Lingua. – 2. La traduzione giuridica. – 3. I problemi specifici della traduzione giuridica. – 3.1. La traduzione dei concetti giuridici. – 3.2. La traduzione giuridica e il problema dei valori immanenti. – 4. Il multilinguismo europeo e le nuove sfide poste alla traduzione giuridica. – 5. Lo stile del legislatore comunitario. – 6. I problemi di traduzione dall'inglese come lingua franca nel contesto europeo.

## 1. Diritto e Lingua

La relazione tra lingua e diritto è da sempre al centro dell'interesse dei comparatisti, per i quali la lingua appare strumento essenziale nel processo di conoscenza del diritto straniero<sup>1</sup>.

Le informazioni salienti per la conoscenza del diritto altrui sono infatti racchiuse nella lingua di riferimento, la quale è espressione della cultura, dei valori e – in definitiva – della mentalità dei giuristi, che rappresentano il sistema giuridico preso in analisi<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pozzo - TIMOTEO, *Lingua e diritto: Un binomio inscindibile*, in *Europa e Linguaggi giuridici*, Milano, 2008.

<sup>2</sup> L'importanza della traduzione giuridica per il diritto comparato – anche nel contesto internazionale – emerge sin dal convegno dell'International Academy of Comparative Law che si svolse a Sidney nel 1986 e che dedicò una sessione al problema della traduzione giuridica. Gli atti di tale sessione sono stati raccolti in *Cahiers de Droit* 28-4, (1987). Successivamente, al Convegno della IA-CL tenutosi a Bristol nel 1998, una sessione venne dedicata ai rapporti tra Lingua e Diritto. Gli atti sono stati raccolti da nel volume *Langue et droit*, JAYME (Ed.), XVe Congrès International de Droit Comparé, Bristol, 1998 Brussel, Bruylant.

Rodolfo Sacco è stato un pioniere nello studio di tali rapporti<sup>3</sup>. È stato infatti Rodolfo Sacco a mettere in evidenza come le regole giuridiche sembrino inseparabili dalla verbalizzazione e da “fruizioni valutative” intimamente intessute nel discorso e nella sintassi, ma che quella linguistica è solo una delle possibili forme di espressione e manifestazione del diritto e che non sempre (e non tutto) il diritto è stato (ed è) oggetto di formulazione linguistica e che esistono, in dimensioni tanto più ampie e pervasive quanto più ci addentriamo nei tempi lunghi e lunghissimi della storia, fenomeni di “diritto muto”<sup>4</sup>.

Tutto ciò premesso, poiché viviamo in sistemi di diritto verbalizzato, in cui anche le ricostruzioni e le valutazioni delle norme giuridiche latenti transitano per il filtro linguistico, dobbiamo riconoscere che il diritto è anche un linguaggio che esprime regole, le concettualizza, le organizza in categorie, le commenta, le spiega, le interpreta.

Le regole si misurano con la lingua e la questione del linguaggio con cui vengono formulati i discorsi “del” diritto e “sul” diritto, ossia i discorsi prescrittivi ed i discorsi interpretativi, è consustanziale alla questione stessa del diritto<sup>5</sup>.

Uno dei meriti della ricerca comparatistica è quello di avere evidenziato che i linguaggi giuridici sono il risultato di una evoluzione storica in costante scambio con altri linguaggi e sistemi giuridici<sup>6</sup>.

I linguaggi giuridici sono spesso il risultato di traduzioni di concetti, idee, schemi di ragionamento, istituti, che hanno avuto luogo in forza del prestigio che un modello giuridico straniero ha assunto nel corso della storia.

Comprendere l'origine dei concetti in una lingua giuridica implica svelare le varie influenze di modelli giuridici stranieri sulla lingua in esame, mettendo a fuoco le ragioni profonde che hanno portato alla innovazione.

---

<sup>3</sup> Sin dalla Prima edizione della sua *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1979, Rodolfo Sacco ha introdotto un Capitolo dedicato ai problemi della traduzione giuridica. Si veda poi il suo contributo “*Les problèmes de traduction juridique*”, *Rapports nationaux italiens au XII Congrès International de droit comparé* (Sydney), Milano, 1986, 1 ss. Cfr. inoltre SACCO, *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, Torino, 2000, 722 ss.; ID., *La traduzione giuridica*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di SCARPELLI e DI LUCIA, Milano, 1994, 475; ID., *Langue et Droit*, in *Langue et Droit*, XV Congrès Internatioal de droit comparé, ed. JAYME, Brussels, 2000, 223; *Language and Law*, in *Ordinary Language and Legal Language*, Pozzo (Ed.), Milano, 2005, 1.

<sup>4</sup> La “sintassi” fa riferimento a quelle regole che riguardano il modo di combinare le parole per formare frasi. Cfr., in merito, anche con riferimento al linguaggio giuridico, BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1994, 563.

<sup>5</sup> Su questa definizione v. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, cit., 555.

<sup>6</sup> POZZO, *Comparative Law and the New Frontiers of Legal Translation*, in SARCEVIC (a cura di), *Language and Culture in EU Law. Multidisciplinary Perspectives*, Ashgate, 2015, 73-87.

## 2. La traduzione giuridica

La comprensione del diritto straniero implica uno sforzo di omologazione e di traduzione.

Tradurre un termine o un enunciato richiama intuitivamente la produzione di un altro termine o un altro enunciato equivalente nella lingua di arrivo. Tale operazione di traduzione implica un complesso lavoro intellettuale, in relazione al quale si sono sviluppate numerose teorie, che evidenziano come ogni traduzione implichi necessariamente una attività di interpretazione.

La mera giustapposizione di concetti giuridici nelle diverse lingue non potrebbe che portare a risultati meramente superficiali. La traduzione implica dunque un processo finalizzato a comprendere innanzitutto il significato profondo di ciò che si vuole tradurre, e successivamente a identificare una possibile corrispondenza nella lingua in cui si vuole tradurre. Tale operazione non può prescindere né dal contesto, né dalla tipologia di testo che viene fatto oggetto di traduzione.

## 3. I problemi specifici della traduzione giuridica

I comparatisti hanno messo in evidenza come la traduzione di un testo giuridico incontra alcuni problemi specifici, cui si aggiungono quelli che può incontrare anche qualsiasi altro traduttore.

Tra i problemi specifici del linguaggio giuridico, un posto preminente è occupato dalla traduzione dei concetti giuridici, che sono profondamente legati alla cultura giuridica di riferimento.

### 3.1. La traduzione dei concetti giuridici

I concetti giuridici hanno due caratteristiche principali. Da un lato, i concetti giuridici hanno un carattere tecnico e, dall'altro, sono profondamente legati alla cultura che li ha forgiati<sup>7</sup>.

Il primo spunto di riflessione che emerge dalle indagini compiute nell'ambito della ricerca comparatistica concerne l'identificazione dei significati che corrispondono al medesimo concetto.

I concetti giuridici possono essere – all'interno di uno stesso ordinamento – il risultato di una stratificazione di significati diversi che le diverse tradizioni hanno sviluppato nel corso del tempo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Pozzo, *The Myth of equivalence in legal translation*, in *Translating the DCFR and Drafting the CESL, A Pragmatic Perspective*, PASA & MORRA (Eds.), Munich, 2014, 29-46.

<sup>8</sup> Per questa analisi cfr. GAMBARO, in CANDIAN, GAMBARO, POZZO, *Property-Propriété-Eigentum*, Padova, 1992.

L'identificazione di tali significati costituisce il *prius* di qualsiasi operazione di traduzione. Un esempio potrebbe forse meglio di molte parole illustrare la problematica.

Si può tradurre “*Eigentum*”, con “*propriété*”, con “*property*” con “proprietà”? Nel linguaggio corrente, del non giurista, vogliono dire “quasi la stessa cosa”, come direbbe Umberto Eco<sup>9</sup>.

Tuttavia, tra giuristi occorrerà prima delineare l'ambito in cui si traduce e segnalare che *Eigentum* significa nel contesto del BGB e quindi nell'ambito dei rapporti interprivatistici qualcosa di diverso che in ambito costituzionale, dove pur si ritrova lo stesso concetto all'art. 14 del *Grundgesetz*<sup>10</sup>.

La definizione dell'istituto proprietario di cui al § 903 BGB risente infatti fortemente della limitazione posta dal § 90 BGB per cui “*Sache im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Dinge*” (“cose nel senso della legge sono solo le cose corporali”). Il bene giuridico di riferimento per la disciplina della proprietà civilistica consiste dunque in una cosa corporale, escludendosi quindi qualsiasi rilevanza delle entità immateriali in questo contesto.

Spostandosi in ambito costituzionale, *Eigentum* di cui all'art. 14 della Costituzione tedesca attuale, è sempre stato interpretato in modo da ricomprendervi i marchi, i brevetti ed i diritti d'autore, ossia i c.d. beni immateriali. Sulla base dell'assunto della “equivalenza funzionale” tra diritto di proprietà ed altre posizioni giuridiche, il *Bundesverfassungsgericht* ha ulteriormente ampliato il concetto costituzionale di proprietà per ricomprendervi anche i “diritti pubblici soggettivi”, qualora equiparabili alla posizione del proprietario.

Si potrebbe dunque concludere che già all'interno dello stesso sistema tedesco *Eigentum* non è sempre *Eigentum* e che la traduzione con “*property*”, “*propriété*”, “proprietà” potrebbe assumere aspetti problematici a seconda del contesto in cui ci si muove e con l'ulteriore avvertenza che questo scollamento tra significato civilistico e significato costituzionale potrebbe non sussistere o potrebbe avere una rilevanza diversa nel diritto svizzero o nel diritto austriaco, dove pur sempre si parla di *Eigentum*.

Un secondo ordine di problemi nella traduzione di concetti giuridici si pone con riguardo alla loro funzione demarcativa.

Si prenda, ad esempio, la nozione di contratto<sup>11</sup>: nei diversi ordinamenti europei esistono infatti a tal proposito grandi differenze, che non possono essere spiegate solamente sulla base della presunta contrapposizione esistente tra *common law* e *civil law*<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Il riferimento è a Eco, “*Dire quasi la stessa cosa – Esperienze di traduzione*”, Milano, 2003.

<sup>10</sup> L'art. 14 della Costituzione tedesca (*Grundgesetz*) trova la sua fonte nell'art. 153 della Costituzione di Weimar.

<sup>11</sup> Sacco, *Diversity and Uniformity in the Law*, in 49 Am. J. Comp. L. 171; Id. *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e Diritto Privato*, 2001, 479.

<sup>12</sup> KÖTZ, *European Contract Law*; GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991.

Dovrà forse ricordarsi che per i francesi il matrimonio è un *contrat*<sup>13</sup>, non lo è invece per i tedeschi, né per gli italiani, né per gli inglesi. La donazione è un contratto per i tedeschi<sup>14</sup> e per gli italiani<sup>15</sup>, ma non per gli inglesi<sup>16</sup>.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Tutto ciò premesso, possiamo tradurre contratto con *Vertrag*, *contract* o *contrat*?

La funzione demarcativa della nozione di contratto varia a seconda del contesto di riferimento, ciò che pone il problema di informare l'interlocutore del rischio inerente l'adozione di una traduzione letterale, che fallirebbe nell'intento di convogliare le informazioni corrette per quanto concerne i confini della fattispecie presa in considerazione.

Infine, i concetti giuridici riverberano tassonomie specifiche che si sono sviluppate nel corso di anni, decenni, o di secoli, e che sono propri di uno sviluppo storico di un dato sistema giuridico<sup>17</sup>. Ne risultano spesso concetti intraducibili nelle altre esperienze<sup>18</sup>.

Il giurista nazionale è imbrigliato nel suo linguaggio giuridico che risente di questa o quell'altra innovazione apportata da questa o quell'altra corrente di pensiero.

Si provi a tradurre "*Rechtsgeschäft*" in quegli ordinamenti che non hanno risentito della Pandettistica tedesca. L'esperimento darà certo risultati positivi in Italia, in Spagna ed in Portogallo, ove è stato appositamente coniato un neologismo per fra fronte alle novità introdotte dalla circolazione della dottrina tedesca, ma non in Francia o in Gran Bretagna, ove invece si è imposta una certa refrattarietà alla recezione del formante dottrinale tedesco.

Ma per restare molto più prosaicamente a casa nostra, si provi a spiegare a un giurista straniero la differenza tra decadenza e prescrizione, tra interessi legittimi e diritti soggettivi con cui è solito operare il giurista italiano e ci si renderà conto che la spiegazione apparirà assai ardua ove non si svelino i retroscena storici e culturali che hanno portato allo sviluppo di tali distinzioni, che non sono conosciute in altri ordinamenti europei.

E allora occorrerà ricordare<sup>19</sup> come per comprendere l'origine della differenziazione tra *decadenza* e *prescrizione* presente nel nostro codice<sup>20</sup> ed ignota ad altri ordinamen-

<sup>13</sup> Art. 1387 Code Napoléon et ss.: *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*.

<sup>14</sup> § 516 BGB: "*Eine Zuwendung, durch die jemand uas seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sindd, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt*".

<sup>15</sup> Art. 769 Italian Civil Code: "*La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione*".

<sup>16</sup> Art. 894 Code Napoléon: "*La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte*".

<sup>17</sup> GERBER, *Authority Heuristics: Language and Trans-system knowledge*, cit., in particular 46 ff.

<sup>18</sup> GEEROMS, *Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not be Translated*, 50 *American Journal of Comparative Law*, 201 (2002).

<sup>19</sup> Mi permetto di trarre questo esempio da Pozzo, *Constitutional Review of Disproportionately Different Periods of Limitation of Action (Prescription)*, in *European Review for Private Law*, 1997, 79, 92 ss, ed in particolare 98, nota 67.

<sup>20</sup> Su cui ROSELLI, VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, nel *Trattato di Diritto Privato*, a cura di

ti si debba risalire agli studi che fiorirono alla metà del XIX secolo e che avevano come oggetto gli effetti giuridici del trascorrere del tempo.

La materia era inquadrata in modo unitario da un punto di vista concettuale e si riferiva solamente ad un istituto: quello della prescrizione.

Questo modo di procedere veniva ammesso sia dalla dottrina francese così come dalla dottrina tedesca. La nozione di prescrizione conteneva diversi istituti che oggi otterrebbero una ben diversa collocazione. Inoltre la *prescrizione* comprendeva unitariamente non soltanto il suo aspetto *estintivo*, ma anche quello *acquisitivo* (usucapione). A questo archetipo unitario si rifaceva il codice civile italiano del 1865<sup>21</sup>.

Tuttavia, dopo la promulgazione del codice Pisanelli, la dottrina italiana venne influenzata dagli studi della dottrina tedesca ed in particolare dall'opera di Grawein<sup>22</sup> e da quella di Weiss<sup>23</sup>.

La dottrina tedesca cominciò a distinguere tra *Präklusivfristen* (termini di preclusione) e i c.d. *Verjährungsfristen* (termini di prescrizione)<sup>24</sup>, ma nel codice civile tedesco (BGB) entrato in vigore il 1° gennaio del 1900 non vennero inserite apposite disposizioni in materia di decadenza, facendo un esplicito rinvio ad eventuali puntualizzazioni che la dottrina avrebbe potuto formulare in seguito<sup>25</sup>.

Diversamente, il legislatore italiano introdusse la differenziazione tra decadenza e prescrizione nel codice del 1942 come novità rispetto al codice del 1865, sulla scia degli insegnamenti provenienti dalla dottrina tedesca che molto influenzarono il dibattito italiano dei primi anni del secolo<sup>26</sup>.

Il risultato è che la netta differenziazione tra decadenza e prescrizione che caratterizza il linguaggio del giurista italiano è inesistente<sup>27</sup>, o assai più affievolita, come in Francia, ove il termine *délais préfix* è impiegato dalla dottrina<sup>28</sup>, ma non dal codice.

---

RESCIGNO, Torino, 1985, vol. 20, 402; AZZARITI, SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza, Libro Sesto, Tutela dei Diritti, Artt.. 2910-2969, Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1964, 292.

<sup>21</sup> Si vedano gli artt. 2105 ss. del codice civile italiano del 1865 (*Titolo XXVIII, Della prescrizione*).

<sup>22</sup> GRAWEIN, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, Leipzig, 1880.

<sup>23</sup> WEISS, *Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Rechte des deutschen Reichs*, München, 1905.

<sup>24</sup> A questo proposito appare emblematica la trattazione che ne fa VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1910, Drittes Buch, § 90, 500 ss.

<sup>25</sup> Nei, *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Theil*, 374 si legge a questo proposito: "Allgemeine Vorschriften über die im Entwurfe sich findenden zahlreichen Ausschlussfristen (Präklusivfristen) sind nicht aufgestellt. Der Begriff der Ausschlussfrist gibt, wie neuere Untersuchungen auf diesem Gebiete gezeigt haben, die maßgebenden Grundsätze ohne weiteres an die Hand".

<sup>26</sup> Si vedano FADDA, BENZA, *Note a Windscheid, Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, vol. IV, 586; ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 177.

<sup>27</sup> Come avviene nei sistemi di common law.

<sup>28</sup> Per quanto concerne la dottrina francese si veda CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 20 édition, Paris, 1991, 315; STARCK, ROLAND, BOYER, *Droit civil, Obligations*, 3, Régimer Général, 3 ed., Paris,

Analogamente, e per citare un altro esempio, l'origine della differenziazione tra *interesse legittimo* e *diritto soggettivo* è strettamente collegata alle vicende storiche che caratterizzarono il sistema italiano alla fine del XIX secolo<sup>29</sup>, per cui, dopo il raggiungimento dell'unità italiana, si dovette decidere quale modello seguire per quanto concerne l'organizzazione della giurisdizione amministrativa. Tra i due modelli presi in considerazione, quello francese del contenzioso amministrativo e quello belga della giurisdizione unica, venne prescelto il primo.

Il risultato di questa scelta fu che tutte le controversie relative ai diritti soggettivi nelle quali fosse parte una Pubblica Amministrazione vennero affidate al giudice ordinario<sup>30</sup>.

Restavano escluse dalla tutela del giudice ordinario tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che non assurgevano a diritti soggettivi e cioè quegli "*interessi legittimi*" che avessero per oggetto una pretesa del cittadino al legittimo esercizio del potere. Ben presto ci si rese conto che era stata tolta al cittadino ogni tutela nei confronti della normale attività della P.A.

Successivamente, nel 1889, una più ampia protezione dei cittadini<sup>31</sup> venne raggiunta mediante l'istituzione di una IV Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, che non era ancora un giudice, cui venne attribuita una competenza generale di legittimità per il sindacato degli atti amministrativi. L'istituzione di tale sezione<sup>32</sup> viene a segnare la nascita dell'interesse legittimo.

Si comprende quindi, come in altri ordinamenti, ove le scelte istituzionali furono di altra portata, non si configuri la distinzione con cui il giurista italiano è solito lavorare.

Sulla traducibilità dei termini giuridici occorre infine constatare la presenza di due altri fenomeni.

Il primo concernente l'apparente intraducibilità di un termine. Si prenda l'esempio della disciplina dei vizi del consenso in materia contrattuale. Il fatto che i *common lawyers* e i *civil lawyers* abbiano pensato al "contratto" in modo diverso – come "accordo", piuttosto che come "scambio" – ha avuto conseguenze notevoli anche sulla disciplina dei vizi del consenso. Nella mentalità dei *common lawyers*, concepire il contratto come scambio, piuttosto che come accordo, ha messo per lungo tempo in ombra la problematica dei vizi del consenso, cui viene accordata minor rilevanza di quanto non avvenga nei sistemi di *civil law*.

---

1989, 123 ss.

<sup>29</sup> Si veda sul tema SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985. MANGIONE, *Jus aedificandi e valori costituzionali – Uno studio comparatistico su alcuni aspetti della problematica in tre ordinamenti dell'Europa attuale*, Milano, 2004, 349, nota 6.

<sup>30</sup> Con legge 20 marzo 1865, n. 2248 allegato E vennero aboliti i tribunali ordinari del contenzioso amministrativo e venne effettuata la nuova ripartizione delle competenze.

<sup>31</sup> Di cui all'art. 1447 c.c. italiano e ss.

<sup>32</sup> Con legge 31 marzo 1889, n. 5982.

La disciplina appare agli occhi del giurista continentale frammentaria e particolarmente complicata, vista anche la diversa rilevanza che in passato le Corti di *Equity* e le corti di *Common Law* avevano accordato alla problematica.

La stessa terminologia impiegata dal *common lawyer* a questo riguardo richiama il passato non lontano: *mistake*, *misrepresentation*, *duress* e *undue influence*, risultano essere concetti difficilmente omologabili a quelli continentali<sup>33</sup>.

D'altro lato, se è vero che il codice tedesco<sup>34</sup>, il codice francese<sup>35</sup> e quello italiano<sup>36</sup>, facendo comunemente perno sulla nozione di consenso e volontà<sup>37</sup>, impiegano termini più facilmente omologabili: errore, violenza e dolo, e quindi – almeno apparentemente – facilmente traducibili nelle altre lingue, è da notare che permangono comunque differenze rilevanti.

Si prendano in considerazione gli effetti di questi vizi del consenso sul destino del contratto e si noterà subito come il codice civile tedesco, così come quello italiano, impieghino un linguaggio comune che ruota attorno ai concetti di *nullità*<sup>38</sup> e *annullabilità*<sup>39</sup>, considerando il contratto che si sia concluso sulla base di un consenso viziato *annullabile*.

Il linguaggio del giurista francese prende invece in considerazione la categoria della *nullità*, differenziandola poi tra *nullità relativa* e *nullità assoluta*<sup>40</sup>.

L'“*annullabilità*” del sistema italiano è traducibile con l'“*Anfechtbarkeit*” tedesca, ma si deve notare che la disciplina presenta delle differenze importanti per quanto concerne – ad esempio – i termini di prescrizione.

Secondo la disciplina italiana l'annullamento del contratto, può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge<sup>41</sup>, e l'azione si prescrive in 5 anni<sup>42</sup>.

Il codice civile tedesco (BGB), invece, prevede per l'azione di annullamento (“*Anfechtung*”) distinti periodi di prescrizione a seconda che ci si muova nell'ipotesi dell'errore (“*Irrtum*”), oppure l'annullamento venga chiesto per dolo o violenza, differenza che

<sup>33</sup> ROSSUM, *Defects of Consent and Capacity in Contract Law*, in *Towards a European Civil Code*, cit., 135.

<sup>34</sup> Nella terminologia tedesca: *Irrtum*, *Drohung*, *arglistige Täuschung*, cui sono dedicati i §§ 119 (*Anfechtbarkeit wegen Irrtums*), e 123 (*Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung*).

<sup>35</sup> Nella terminologia francese: *erreur*, *violençe*, *dol*. L'art. 1109 del Code civil recita: “*Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol*”.

<sup>36</sup> Cfr. art. 1427 ss c.c.

<sup>37</sup> Nel BGB tedesco la materia dei vizi del consenso è trattata nella Parte Generale, ove si disciplina la dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*). Nel codice francese, la materia è trattata nel Titolo III (*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), nella Section dedicata al “*consentement*”.

<sup>38</sup> Nella terminologia tedesca “*Nichtigkeit*”.

<sup>39</sup> Nella terminologia tedesca “*Anfechtbarkeit*”.

<sup>40</sup> Si veda STORME, *The Validity and the Content of Contracts*, in *Towards a European Civil Code*, cit., 159, in particolare p. 166.

<sup>41</sup> Cfr. art. 1441c.c. italiano.

<sup>42</sup> Cfr. art. 1442 c.c. italiano.

permane anche dopo la riforma che ha interessato tutto il diritto delle obbligazioni e la disciplina della prescrizione all'interno del BGB, riforma che è entrata in vigore il 1° gennaio del 2002<sup>43</sup>.

Per l'ipotesi concernente l'errore di cui al § 119, il BGB prescrive al § 121 che l'azione deve aver luogo senza ritardo colposo, dopo che l'avente diritto all'azione è giunto a cognizione del motivo per cui la dichiarazione può essere annullata. In ogni caso l'annullabilità risultava esclusa se dall'epoca in cui era stata fatta la dichiarazione di volontà erano trascorsi 30 anni; dopo l'entrata in vigore della Riforma il termine è stato ridotto a 10 anni<sup>44</sup>.

Per l'ipotesi di cui al § 123 (*Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung*), il BGB stabilisce al § 124 che l'azione di annullamento si prescrive in un anno e che il termine decorre in caso di inganno doloso dal momento in cui l'avente diritto a impugnare la dichiarazione scopre l'inganno, nel caso di minaccia dal momento in cui cessa lo stato di coazione<sup>45</sup>.

Profonde differenze nella disciplina e nella terminologia si riscontrano poi con riferimento al momento in cui le parti vogliono porre fine al vincolo contrattuale.

Il giurista italiano si affaccia a questa molteplicità di soluzioni forte del suo bagaglio codicistico che prevede le tre figure del recesso<sup>46</sup>, della risoluzione<sup>47</sup>, della rescissione<sup>48</sup>.

A questi tre istituti italiani corrispondono istituti stranieri eterogenei rispetto ai quali divergono – a volte profondamente, a volte solo superficialmente – sia per quanto concerne la nozione, che per quanto concerne le ipotesi prese in considerazione, nonché gli effetti.

La terminologia tedesca conosce la sola figura del *Rücktritt*<sup>49</sup>, con la quale si fa fronte alle ipotesi che in diritto italiano vengono prese in considerazione con il recesso oppure con la *risoluzione*. Non conosce invece un termine per tradurre la nostra *rescissione*.

Quale significato dobbiamo inferire dalla intraducibilità del termine “rescissione” nel linguaggio giuridico tedesco? <sup>50</sup>

L'analisi che metta in luce il mero dato dell'intraducibilità apparirebbe senz'altro sterile ove non si sottolineasse che la mancanza di un termine tedesco per tradurre il termine italiano non significhi necessariamente che l'ordinamento non abbia preso in considerazione le problematiche trattate nell'ordinamento italiano con l'istituto della

<sup>43</sup> Con la c.d. Schuldrechtsmodernisierung. Cfr. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen, 2002.

<sup>44</sup> Attuale § 121 BGB

<sup>45</sup> Cfr. anche attuale § 124.

<sup>46</sup> Cfr. art. 1373 c.c. italiano.

<sup>47</sup> Cfr. art. 1453 c.c. italiano e ss.

<sup>48</sup> Cfr. art. 1447 c.c. italiano e ss.

<sup>49</sup> § 346 BGB

<sup>50</sup> L'esempio è tratto da Pozzo, *Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*, in *European Review for Private Law*, 2003, 754.

rescissione. In effetti, ai sensi del § 138 BGB, che disciplina il negozio concluso contro i buoni costumi<sup>51</sup>, possono venire affrontate e risolte situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione della nostra rescissione.

Il confronto con la terminologia straniera ha inoltre, di volta in volta, dato luogo a diversi fenomeni che si presentano come neologismi, prestiti o calchi linguistici.

Quando la dottrina italiana ha coniato il termine negozio giuridico per tradurre *Rechtsgeschäft*, ha introdotto nella lingua giuridica italiana un neologismo. In altri casi, è stata l'internazionalizzazione o meglio: la "globalizzazione" dei mercati e delle regole, a comportare l'abbassamento delle barriere linguistiche rispetto a termini che vengono da aree culturali a noi vicine<sup>52</sup>. La collocazione dell'Italia – e quindi dell'italiano – in tale contesto internazionale o globale spiega l'influenza del linguaggio giuridico inglese sul nostro linguaggio autoctono<sup>53</sup>. Nel diritto societario *insider trading*, *stock options*, *dumping*, e molti altri, sono termini utilizzati ormai dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e, qualche volta, anche dal legislatore<sup>54</sup>.

Di derivazione inglese sono anche i nomi di molti nuovi contratti (*factoring*, *leasing*, *franchising*, *engineering*, *swap*), che vengono incorporati dalla lingua inglese senza una preliminare attività di traduzione che un tempo si operava per altre lingue come il tedesco<sup>55</sup>, dando prova della minor opera di mediazione che tale processo di recezione generalmente necessita per risultare privo di problemi. Da un lato infatti, termini di una lingua straniera, che fanno riferimento a un'esperienza giuridica "altrui", sono usati nel "nostro" contesto giuridico per descrivere o regolare una fattispecie regolata dal "nostro" diritto. L'uso del prestito fa percepire immediatamente all'interlocutore l'estraneità rispetto al nostro tessuto linguistico e normativo. Qui la problematicità deriva soprattutto dalla necessità di ricollegare a tali termini una disciplina nostrana, di comprendere quali norme italiane si ricolleghino all'istituto straniero.

Altre volte, invece, il termine giuridico inglese viene sì tradotto in italiano, ma dà luogo comunque ad una serie di problematiche, ben note anche in passato, che però ora si ripropongono sotto nuova luce.

Si pensi al caso di termini che – seppur già esistenti – assumono un diverso valore semantico per influenza straniera: ad es. informazioni privilegiate, che costituisce un

---

<sup>51</sup> § 138 BGB: *Sittenwidriges Rechtsgeschäft: (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen*“.

<sup>52</sup> Sulle evoluzioni dell'italiano giuridico, cfr. gli Atti del Convegno tenutosi all'Accademia della Crusca il 1° ottobre 2010, ed ora raccolti nel volume *L'italiano giuridico che cambia*, a cura di Pozzo e BAMBI, Firenze, 2012.

<sup>53</sup> In particolare per l'evoluzione del lessico privatistico cfr. GAMBARO, *La prospettiva del privatista*, in *L'italiano giuridico che cambia*, cit. p. 33.

<sup>54</sup> DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008.

<sup>55</sup> CATERINA - ROSSI, *L'italiano giuridico*, in *Europa e Linguaggi giuridici*, cit. 86.

calco semantico su *privileged information*. Si pensi ancora a quei termini che sono stati conosciuti di recente sul modello di un termine straniero, ad esempio controesame che costituisce un calco linguistico su *cross examination*.

Dal punto di vista della percezione i calchi possono essere più subdoli dei prestiti e certamente lo sono quando sembrano dare per assodata una assimilazione, che invece non è ancora avvenuta nel nostro ordinamento.

### 3.2. La traduzione giuridica e il problema dei valori immanenti

Differenti civiltà e differenti epoche hanno prodotto diverse “masse di linguaggio”<sup>56</sup>. Certe culture parlano meno di altre; alcune forme di sensibilità apprezzano il silenzio e l’elisione, altre invece premiano la prolissità e gli ornamenti semantici.

In generale, la presenza di elementi latenti, non verbalizzati ma estremamente incisivi, a partire dalla consuetudine, è assai rilevante nel nostro diritto attuale, sebbene la percezione di tali elementi non sia sempre netta.

La comparazione ha apportato un notevole contributo al processo di individuazione di tali elementi crittotipici del diritto<sup>57</sup>. Una profonda sollecitazione in questo senso è venuta dalle dissonanze che il comparatista segnala: in diversi paesi leggi identiche danno luogo a soluzioni applicative diverse o, viceversa, una identica soluzione applicativa viene rilevata a partire da diverse regole legislative<sup>58</sup>.

L’esistenza di regole latenti, che determinano tali dissonanze, viene spesso svelata dal comparatista al giurista municipale che non sempre le pratica in maniera consapevole<sup>59</sup>.

In altre tradizioni giuridiche, come quella cinese<sup>60</sup> o quella dei sistemi giuridici africani<sup>61</sup>, questa percezione potrebbe essere diversa, poiché il carattere non scritto delle regole potrebbe essere di prevalente importanza nell’osservazione della *law in action*.

Inoltre, le regole giuridiche, scritte o orali, potrebbero essere influenzate profondamente da modelli invisibili, che dovranno essere svelati prima di essere tradotti<sup>62</sup>.

Si potrebbe dunque affermare che, se la comprensione della cultura in cui le regole giuridiche sono formulate deve essere ritenuto un fattore di grande importanza in linea generale, in alcuni casi diventa addirittura imprescindibile. Al fine, dunque, di svelare gli elementi invisibili ed accertare i valori immanenti presenti all’interno di un sistema giu-

<sup>56</sup> STEINER, *Dopo Babele, Aspetti del Linguaggio e della Traduzione*, Milano, 2004, 43.

<sup>57</sup> SACCO, *Crittotipo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1989, 39

<sup>58</sup> Sul fenomeno della dissociazione dei formanti giuridici, cfr. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1992, (V. ed.), 43 ss.

<sup>59</sup> Sul tema degli elementi crittotipici del diritto si veda Sacco, *Crittotipo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1992, 39-40.

<sup>60</sup> CAO, *Chinese Law. A Language Perspective*, Aldershot, 2004, 161 ff.

<sup>61</sup> ALLOTT, *Law in the New Africa*, in *African Affairs*, 1967, Vol. 66, 55, 63

<sup>62</sup> GROSSFELD, EBERLE, *Patterns of Order in Comparative Law, Discovering and Decoding Invisible Powers*, cit. 297

ridico, l'analisi del comparatista dovrà dunque spingersi ad analizzare i profondi legami esistenti tra diritto e cultura<sup>63</sup>.

## 4. Il multilinguismo europeo e le nuove sfide poste alla traduzione giuridica

Di fronte all'infittirsi delle occasioni di comunicazione fra giuristi in un contesto internazionale, l'attenzione dei traduttori si è rivolta alla formazione e all'interpretazione della regola in un contesto plurilingue.

Ciò ha riguardato in primo luogo la regola espressa all'interno delle convenzioni e dei trattati internazionali in più di una lingua ufficiale e le modalità di recepimento all'interno dei diversi contesti nazionali<sup>64</sup>.

Infine, sollecitati con sempre maggior urgenza dal processo d'integrazione giuridica comunitaria, nel quadro di una realtà complessa come quella dell'Unione Europea, dove lo scopo è la costruzione di un diritto comune, pur continuando ad utilizzare le singole lingue nazionali, l'ingresso entro la dimensione linguistica del diritto è divenuto un passaggio obbligato.

Oggi una preparazione al corretto impiego di concetti e termini giuridici nel quadro di un diritto multilingue appare essenziale ai fini della formazione di un giurista completo<sup>65</sup>.

In questo contesto è stato importante evidenziare le strategie del legislatore nei diversi contesti<sup>66</sup>, così come dar conto di come si formi il linguaggio del legislatore comunitario<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Sulle interazioni tra diritto e lingua si veda GORDON, *Critical Legal Histories*, 36 *Stanford Law Review* 57 (1984); KRYGIER, *Law as Tradition* 5 *Law and Philosophy* 237 (1986); ABEL, *Comparative Law and Social Theory*, 26 *American Journal of Comparative Law* 219 (1978).

<sup>64</sup> FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000.

<sup>65</sup> In questo contesto si collocano le iniziative di ISAIDAT, che portano all'organizzazione di due convegni torinesi e alla pubblicazione di due volumi collettanei: *Les multiples langues du droit européen uniforme*, a cura di SACCO e CASTELLANI, Torino, 1999, *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, a cura di SACCO, 2002. A testimoniare l'importanza della tematica, su questi temi l'*International Academy of Comparative Law*, aveva dedicato una sessione al tema: *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue - Interpretation of Multilingual Texts*, in cui il compito di Rapporteur Général era stato affidato ad Antonio Gambaro.

<sup>66</sup> GAMBARO, *Comprendere le strategie comunicative del legislatore*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 105 ss.

<sup>67</sup> FERRERI, *La lingua del legislatore. Modelli comunitari e attuazione negli Stati membri*, studio condotto nell'ambito della ricerca finanziata dal Commissione della Comunità Europea dal titolo: *Uniform Terminology for European Private Law*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2004, 562.

Deve essere sin d'ora ricordato che le difficoltà poste – in generale – dalla traduzione giuridica si sviluppano con maggior enfasi nel contesto comunitario, ove la lingua gioca un ruolo fondamentale nel processo di armonizzazione del diritto<sup>68</sup>.

La traduzione in un contesto multilingue deve perseguire gli stessi scopi cui tende la stessa legislazione multilingue, ed in particolare quello dell'armonizzazione del diritto. In altre parole, in compito che ci si prefigge è quello di formulare una norma, che, tradotta nelle altre 23 lingue ufficiali, produca – una volta trasposta in 28 stati membri – lo stesso risultato<sup>69</sup>.

Per comprendere le forze in gioco, occorrerà ricordare quanto queste siano eterogenee.

Da un lato, il rispetto paritetico di tutte le lingue ufficiali, che sono oramai 24<sup>70</sup>, appare come espressione e concretizzazione del principio di democrazia.

Ciò riflette il principio di uguaglianza tra cittadini europei che devono potersi rivolgere alle Istituzioni nella loro lingua madre codificato all'art. 21 del Trattato istitutivo dell'Unione Europea, che – come si ricorderà – prevede che *“ogni cittadino dell'Unione possa scrivere alle istituzioni in una delle lingue ufficiali e ricevere una risposta nella stessa lingua”*. Il rispetto della lingua nazionale appare anche in chiara sintonia con il dettato dell'art. 4 del Trattato<sup>71</sup> che dispone il rispetto delle identità nazionali dei diversi Stati facenti parte dell'Unione Europea.

Dall'altra parte, il multilinguismo, per certi versi indubitabile ricchezza del patrimonio culturale europeo è al contempo fonte di innumerevoli problematiche, quando si tratta di redigere, tradurre ed interpretare gli atti prodotti dalle Istituzioni comunitarie in tutte le diverse lingue ufficiali<sup>72</sup>.

A livello pratico è stato infatti più volte osservato come oramai sia diventato una via impraticabile tradurre da e verso ogni lingua ufficiale, per cui oggi occorre destreggiarsi tra più di 552 possibili combinazioni linguistiche.

Le Istituzioni comunitarie hanno poi diverse esigenze e necessità.

<sup>68</sup> *Rechtssprache Europas: Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, MÜLLER, BURR (Eds.), Berlin: DUNCKER & HUMBLLOT, 2004; *Language, Nation, and State – Identity Politics in a Multilingual Age*, a cura di JUDT e LACORNE, New York, 2004; prima edizione in francese: *La politique de Babel: Du monolinguisme d'Etat au plurilinguisme des peuples*, Paris, 2002.

<sup>69</sup> LINDROOS-HOVINHEIMO, *On the Indeterminacy of Legal Translation*, in *Private Law and the Many Cultures of Europe*, WILHELMSSON, PAUNIO, POHJOLAINEN (Eds.), Alphen an den Rijn, 2007, 367.

<sup>70</sup> Le lingue ufficiali sono: l'inglese, il francese, il tedesco, l'olandese, lo svedese, il danese, il portoghese, l'italiano, lo spagnolo, il greco, il finlandese, l'estone, il lituano, il lettone, lo sloveno, il polacco, l'ungherese, il ceco, lo slovacco, il malti, il bulgaro, il rumeno, l'irlandese e – dal 1 luglio 2013 – il croato.

<sup>71</sup> Art. 4 del Trattato nella versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>72</sup> Cfr. *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento – Redazione, traduzione ed interpretazione degli atti giuridici comunitari e il loro impatto sull'armonizzazione del diritto europeo*, a cura di JACOMETTI e POZZO, Milano, 2006.

Nell'attività quotidiana della Commissione europea, ad esempio, sembra essersi imposta una prassi in cui si utilizzano solo tre lingue di lavoro: inglese, francese e tedesco, per cui i progetti di documenti politici e i progetti di norme legislative vengono redatti in una o più di queste lingue, mentre solo nelle fasi conclusive i testi vengono tradotti nelle venti lingue ufficiali<sup>73</sup>.

Il Parlamento europeo, che ha spesso bisogno di disporre rapidamente dei documenti in tutte le lingue ufficiali, ha messo a punto un sistema basato su sei lingue ponte: inglese, francese, tedesco, italiano, polacco e spagnolo, per cui un documento presentato in slovacco o svedese non viene tradotto direttamente in tutte le altre lingue, bensì dapprima nelle *lingue ponte* o *lingue pivot* e solo successivamente nelle altre a partire da una di esse. In questo modo di può fare a meno di traduttori capaci di lavorare direttamente dal maltese al danese o dall'estone al portoghese<sup>74</sup>.

Queste problematiche linguistiche vanno collocate in un contesto caratterizzato dalle diverse iniziative intraprese a livello comunitario volte a migliorare la qualità redazionale della legislazione comunitaria, tra cui occorre ricordare: la Dichiarazione n. 39 sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria allegata al Trattato di Amsterdam del 1997<sup>75</sup>; l'Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria<sup>76</sup>; ed infine la "Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, destinata a coloro che partecipano alla redazione di testi legislativi delle istituzioni comunitarie"<sup>77</sup>.

Secondo i "Principi Generali" racchiusi in tale ultima Guida, che devono essere seguiti nella redazione degli atti legislativi, l'estensore deve mirare a ricondurre la volontà del legislatore a concetti semplici onde poterla poi esprimere in modo altrettanto semplice e quindi utilizzerà per quanto possibile i termini del linguaggio corrente (Principio 1.4.1).

La soluzione privilegiata sembra dunque essere quella di propendere per un linguaggio il più possibile semplice, comune e quindi atecnico.

Nella stessa Guida (al Capitolo 5) si fa poi cenno al fatto che durante tutto il procedimento di formazione degli atti comunitari, l'estensore dovrà tenere a mente il carattere plurilingue della legislazione comunitaria.

<sup>73</sup> DRAGONE, *La qualità della legislazione comunitaria e il ruolo dei giuristi-revisori del Servizio giuridico della Commissione europea*, in *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento*, cit., 145.

<sup>74</sup> RICCI, *Il plurilinguismo controllato nella pratica parlamentare*, in *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento*, cit., 187; HAKALA, *Il processo legislativo: una prospettiva parlamentare - La prassi precedente con 11 lingue e le attuali sfide con 20*, in *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento*, cit., 209.

<sup>75</sup> GU C 340 del 10 novembre 1997.

<sup>76</sup> GU C 73 del 17 marzo 1999, in cui si sottolinea come gli atti della legislazione comunitaria debbano essere formulati in modo "chiaro, semplice e preciso" (1 principio generale), e "ricorrendo con prudenza a concetti o terminologie peculiari di un sistema giuridico nazionale".

<sup>77</sup> Si trova su [http://europa.eu.int/eur-lex/it/about/techleg/guide/index\\_it.htm#1](http://europa.eu.int/eur-lex/it/about/techleg/guide/index_it.htm#1).

Si richiede perciò da un lato di redigere il testo originale in uno stile particolarmente semplice (Principio 5.2), evitando di impiegare termini troppo intimamente legati agli ordinamenti giuridici nazionali (Principio 5.3.2.)

Come incidono queste linee informative, date dalle Istituzioni comunitarie in materia di redazione dei documenti in un contesto multilingue, sull'armonizzazione del diritto privato e sulla creazione di un diritto privato europeo, dove il carattere tecnico del linguaggio giuridico appare in certo qual modo confliggere con questa tendenza alla voluta vaghezza e atecnicità dei termini impiegati? Qual è stato l'impatto dell'uso della lingua inglese su queste vicende? Quali sono le problematiche della traduzione giuridica in questo particolare contesto?

## 5. Lo stile del legislatore comunitario

Appare opportuno in apertura mettere in luce alcune problematiche suscitate dall'impiego da parte del legislatore comunitario di un particolare stile di redazione degli atti comunitari<sup>78</sup>.

Una delle problematiche che occorrerà evidenziare deriva dall'assenza nelle direttive della definizione di un termine giuridico che riceve nelle diverse realtà nazionali un diverso significato.

Un esempio dei problemi che la mancanza di una tale definizione può provocare si è riscontrato nell'applicazione pratica della direttiva in materia di clausole abusive<sup>79</sup>.

Tra i contratti conclusi tra i consumatori i più pericolosi sono indubbiamente quelli per ottenere la fornitura di luce, acqua, gas, ecc., ossia quelli che sono necessari per accedere ad una rete. Ciò perché essendo molto spesso la controparte un monopolio almeno locale, il consumatore non ha scelta e quindi deve accettare anche le clausole più vessatorie. Pertanto la direttiva rendendo inefficaci *ex lege* tali clausole sarebbe assai utile proprio nel settore dei contratti di c.d. *public utilities*.

Questo però può accadere solo quando lo strumento giuridico per accedere ai servizi in rete è un "contratto", perché ove invece tale non sia, secondo la singola tradizione giuridica nazionale, la direttiva non si applica e tutto rimane esattamente come prima.

Nella ricostruzione di questa problematica, è emerso che seppur nella maggior parte dei paesi membri i contratti per la fornitura dell'acqua, luce, gas e quant'altro, sono sicuramente contratti, ai quali quindi si applica la direttiva, in quattro paesi membri i medesimi rapporti sicuramente non hanno fonte contrattuale essendo piuttosto regolati dal diritto amministrativo al pari dei servizi scolastici e dei servizi sanitari<sup>80</sup> e perciò

---

<sup>78</sup> Si vedano gli atti raccolti nel volume: *Les multiples langues du droit européen uniforme*, a cura di SACCO and CASTELLANI, Torino, 1999.

<sup>79</sup> Pozzo, *Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*, in *European Review for Private Law*, 2003, 754.

<sup>80</sup> Cfr. WHITTAKER, *Unfair Contract Terms, Public Service and the Construction of a European Con-*

sfuggono all'applicazione della direttiva medesima, mentre in altri due la qualificazione giuridica non è chiara, in altri due dipende dalle circostanze.

Analoghi problemi in ordine alle difficoltà di raggiungere un risultato armonizzante lo si può riscontrare nei casi in cui il legislatore comunitario propenda per una definizione volutamente a-tecnica.

Un esempio può essere facilmente fornito dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale promulgata il 21 aprile 2004<sup>81</sup>.

In questa direttiva si ritrova una nozione di danno che forse potrà apparire tecnica agli occhi degli scienziati, ma che purtroppo non lo è agli occhi dei giuristi. Ai sensi delle definizioni contenute nell'art. 2 della Direttiva stessa, si dovrà considerare *“danno”*<sup>82</sup> *“un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente”*.

Il problema collegato a tali definizioni è che difficilmente sono pronosticabili i risultati ottenibili a livello di recepimento a livello nazionale della norma, proprio perché risentono della loro intrinseca a-giuridicità.

Infine, va sottolineato come in passato sia stato assunto un atteggiamento alquanto disinvolto per quanto riguarda la scelta del linguaggio da parte del legislatore comunitario nelle direttive.

Si prenda l'esempio della direttiva 85/577 del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

L'art. 4 della direttiva nella versione italiana disciplina il *“diritto di rescindere”* il contratto da parte del consumatore, non il recesso.

La versione francese prevede che il consumatore abbia *“diritto a rinunciare agli effetti del contratto”*, impiegando poi i termini *résilier* e *renoncer* come se fossero equipollenti, anche se equipollenti non sono, perché il primo si riferisce come abbiamo visto alla possibilità di annullare un contratto viziato, mentre il secondo concerne la possibilità di rinunciare ad una pretesa, come nel caso in cui si rinunci ad una azione giudiziale.

La versione tedesca utilizza il termine *Widerruf*, generalmente impiegato nel BGB – almeno prima della Riforma del diritto delle obbligazioni del 2002 – per indicare la revoca di un atto unilaterale – ad esempio la proposta – non certo il contratto; ma nella stessa versione tedesca della direttiva viene utilizzato come equipollente il termine *Rücktritt*.

La versione inglese impiega poi indifferentemente i termini *“to assess the obligations arising under the contract”*, *“right of cancellation”*, *“right to renounce the effects of his undertaking”*, *“right of renunciation”*.

ception of Contract, in 116 *Law Quarterly Review* (2000), 95 ss.

<sup>81</sup> Direttiva 2004/35/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in GUCE, 30.4.2004, L 143/56.

<sup>82</sup> Art. 2, 2).

Tutte queste problematiche hanno portato la Commissione a elaborare una serie di iniziative volte a creare, almeno per il particolare settore della disciplina contrattuale, una terminologia giuridica comune.

In quest'ambito si collocano infatti le varie Comunicazioni della Commissione volte a sottolineare l'importanza di predisporre una comune terminologia contrattuale al fine di non pregiudicare gli intenti di armonizzazione in questo delicato ed importante settore del diritto comunitario.

Tra queste si ricordano la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo del 2001<sup>83</sup> che lanciava per la prima volta un processo di consultazione sulla problematica, la successiva Comunicazione del 2003 finalizzata a raggiungere una maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo<sup>84</sup>, ed infine la Comunicazione del 2005 prospettante una globale revisione dell'*acquis*<sup>85</sup>.

Le Istituzioni comunitarie hanno infine messo a punto l'edificazione di un *Draft Common Frame of Reference*, con l'obiettivo di superare le discrasie esistenti nel significato che ciascun sistema giuridico attribuisce a termini ed espressioni generali in materia di diritto contrattuale.

Come è noto il *Draft Common Frame of Reference* è stato redatto solo in inglese e da questa lingua avrebbe poi dovuto essere tradotto in tutte le altre 22 lingue ufficiali, offrendo nuovi spunti di dibattito per quanto concerne le difficoltà di traduzione da una lingua giuridica che si vuole armonizzata.

In tale prospettiva si sono poste in evidenza le caratteristiche della lingua inglese come lingua più parlata, ma allo stesso tempo meno adatta all'espressione dei concetti di *civil law* in un contesto, come quello europeo, che si vorrebbe allo stesso tempo multilingue e armonizzato.

## 6. I problemi di traduzione dall'inglese come lingua franca nel contesto europeo

Il linguaggio del *common law* ha una sua storia specifica<sup>86</sup> intrinsecamente collegato con le sue particolari origini medioevali, quando il diritto inglese prese un cammino

---

<sup>83</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo del 2001, Bruxelles, 11.07.2001 COM(2001) 398 definitivo.

<sup>84</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio - Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo, Un piano d'azione, Bruxelles, 12.2.2003 COM(2003) 68 definitivo.

<sup>85</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio - Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro, Bruxelles, 11.10.2004 COM(2004) 651 definitivo.

<sup>86</sup> MELLINKOFF, *The Language of the Law*, Boston, 1963; TIERSMA, *Legal Language*, Chicago, 1999; WAGNER, *La langue de la common law*, Paris, 2002.

diverso da quello dello *jus commune* del Continente, anche se si ebbero influenze reciproche e continue nel corso del tempo<sup>87</sup>.

In linea generale si può affermare che le difficoltà di traduzione dall'inglese giuridico alle altre lingue europee derivino da questa autonoma evoluzione del sistema di *common law* dal resto dell'Europa, che rendono alcune delle sue istituzioni uniche e alcuni dei suoi concetti, come il *trust*, semplicemente intraducibili.

Nel contesto europeo, caratterizzato dal dialogo *civil law/common law*, emerge chiaramente che la lingua inglese veicola – tradizionalmente – istituti tipici di *common law*<sup>88</sup>. La traduzione dall'inglese giuridico ha sempre presentato caratteristiche specifiche, poiché si tratta di una lingua che si riferisce ad un ordinamento giuridico che ha peculiarità sue proprie che possono essere molto diverse da quelle dei restanti ordinamenti europei.

Ci sono, dunque, problemi tipici di traduzione da questa lingua<sup>89</sup>, che sono stati generalmente affrontati nell'ambito della traduzione giuridica classica, che mira a trovare in una delle altre lingue ufficiali il corrispondente dell'istituto giuridico espresso in inglese.

Per fare ciò occorre verificare la possibile corrispondenza tra l'istituto di *common law* e quello locale con gli strumenti di lavoro messi a punto dalla comparatistica per affrontare i problemi di traduzione giuridica.

Si potrà trattare di una operazione irta di ostacoli, ma rispetto alla quale si è già maturata una certa esperienza e una coscienza dei problemi che si incontreranno.

Nel momento attuale però si sta vivendo una forte spinta verso l'armonizzazione del diritto europeo, che ha raggiunto diverse mete a seconda delle diverse materie prese in considerazione.

Nella prospettiva dell'armonizzazione del diritto europeo, l'inglese gioca di nuovo un ruolo assai importante.

Nel contesto del multilinguismo europeo, che – come si è visto – viene considerato vero e proprio valore da difendere, vera e propria ricchezza del patrimonio culturale europeo, l'inglese è lingua ufficiale al pari di tutte le altre, quindi – sempre *ufficialmente* – non gioca un ruolo predominante.

Se si usa l'inglese è per comodità, senza intenti di veicolare istituti giuridici collegati a quella lingua: anzi l'inglese viene forgiato per veicolare concetti di *civil law*, oppure concetti nuovi.

Ne deriva un processo di ibridazione della lingua inglese, che non traspone più i concetti di *common law*, e nemmeno quelli di un altro ordinamento specifico, storicamente dato, ma piuttosto quelli di un ordinamento *in fieri*, quello europeo, che risente moltissimo di diversi retroterra culturali e giuridici. La norma giuridica comunitaria si

<sup>87</sup> VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, 2ª ed., Cambridge, 1988, 96.

<sup>88</sup> FERRERI, *Il linguaggio giuridico inglese*, in *Europa e Linguaggi Giuridici*, cit., 259 ff.

<sup>89</sup> FERRERI, *Falsi amici e trappole linguistiche, Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*, Torino, 2010.

forgia comunque in inglese, ma viene pensata in tedesco, o in polacco, o in francese. Raramente in italiano.

L'inglese assume, dunque, all'interno dell'UE le caratteristiche di una lingua "neutrale o descrittiva", associata per lo più ad un retroterra tipico di *civil law*, comprensibile ai Britannici, anche se non legata ai concetti tecnici del diritto inglese.

L'inglese giuridico che ne nasce si differenzia dunque da quello che esprime il sistema di *common law*, arricchendosi di tutta una serie di neologismi volti ad esprimere concetti tipici di *civil law*. Nell'inglese delle direttive, così come in quello del *Draft Common Frame of Reference* si trovano concetti come "*unilateral withdrawal*" per tradurre il "*Rücktritt*" tedesco, o il concetto di "*collaboration*", al fine di tradurre il termine, sempre tedesco, di "*Mittäter und Beteiligte*".

Recentemente tale inglese giuridico è stato così caratterizzato: "*The result, clearly, is a variety of legal English which is both simplified, having been drafted according to principles of plain English, and cross cultural. The source system is, as mentioned, civil law in nature. Texts written in this variety of English are in themselves bound to have great influence, and their suitability from transposition into domestic legislation is bound to further boost the process not only of legal, but also of legal linguistic change in the UK... I would argue that this privileged position of English, and the fact that it is being used prevalently by non-native speakers, inevitably leads to simplification and the abandonment of excessive jargon*"<sup>90</sup>.

Se questo è il risultato, una volta redatta la norma in questo linguaggio ibrido, dovrà affrontarsi il problema della traduzione in tutte le altre lingue ufficiali

La traduzione dall'inglese comunitario appare un continente nuovo e in gran parte inesplorato, anche perché sta emergendo adesso dalle acque e i suoi contorni sono ancora indefiniti.

Rispetto a questo fenomeno possono svolgersi alcune osservazioni che ci pongono di fronte a nuove problematiche. Innanzitutto, i problemi di traduzione giuridica non sono più quelli classici, che il comparatista generalmente affronta nella traduzione di un termine da una lingua all'altra, prendendo in considerazione le diverse difficoltà di omologazione di un concetto o di un istituto da un ordinamento all'altro. La traduzione in un contesto multilingue, come si è detto, deve perseguire gli stessi scopi cui tende la stessa legislazione multilingue, ed in particolare quello dell'armonizzazione del diritto. Il problema non si pone più dunque tra una lingua e un'altra, ma tra le 23 lingue ufficiali e una lingua inglese, per certi versi reinventata, proprio per fungere da tramite.

Ciò implica che quando si traduce da questo "inglese", si debba comprendere, innanzitutto, quale sia l'istituto celato dietro il termine, che non troverà molto spesso corrispondenze nel contesto di *common law*, ma potrebbe invece indicare un istituto di *civil law*. Tenendo conto di questa difficoltà, si dovrà tradurre poi nelle altre lingue, all'interno

<sup>90</sup> TANNER, *The Past, Present and Future of Legal English in the UK and Abroad*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti, Classe di Lettere e Filosofia e Belle Arti*, vol. LXXXII, Napoli, 2006, 201-207.

delle quali andrà trovata una corrispondenza funzionale. Alla luce delle finalità proprie di questa nuova terminologia creata a livello comunitario per facilitare l'armonizzazione del diritto, tale corrispondenza dovrà in seguito essere testata anche rispetto alle altre lingue, in una logica che sia "circolare" e non meramente "bilaterale".

Le sfide che la traduzione giuridica ci pone rispetto a questa nuova lingua franca, forgiata ai fini dell'armonizzazione del diritto europeo, sono dunque molte e i comparatisti sono pronti a farle proprie.



### La transnazionalizzazione delle fonti del diritto civile nella crisi istituzionale del diritto internazionale: quale evoluzione giuridica per una pace globale?\*



*Ilaria Pretelli*

Responsabile per il diritto internazionale privato presso l'Istituto Svizzero di Diritto Comparato

**SOMMARIO: I.** La transnazionalizzazione del diritto civile. – **A)** Il problema del diritto internazionale privato di fonte statale e le perniciose influenze di una eccessiva tendenza all'astrazione nello studio della disciplina. – **B)** Il rapporto tra diritto internazionale privato di fonte interna e le norme di coordinamento tra ordinamenti sovranazionali. – **C)** L'armonizzazione del diritto civile attraverso l'uniformizzazione del diritto internazionale privato perseguita dall'Unione Europea. – **D)** Il rispetto dei diritti fondamentali nell'economia di mercato. – **II.** Il problema della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – **A)** La responsabilità delle imprese transnazionali per danni causati nella catena delle attività generatrici dei loro profitti. – **B)** I contratti conclusi dagli utenti delle piattaforme digitali per l'uso delle reti sociali. – **III.** La crisi istituzionale del diritto internazionale. – **A)** Il progresso giuridico tra differenze culturali e giustizia universale. – **B)** Una prospettiva diacronica dei diritti fondamentali per la ricerca di una pace sociale globale duratura.

Questo titolo merita alcune spiegazioni in relazioni ai due concetti che tiene insieme: si tratta, in un primo momento, di vedere come, negli ultimi decenni, il proliferare

---

\* L'intervento mantiene in larga parte lo stile orale originario della comunicazione presso l'Università di Pisa in occasione del convegno "Oltre i confini: l'internazionalizzazione del diritto privato" organizzato con la SIRD e l'Associazione civilisti italiani, il 17 novembre 2023. Ringrazio Elena Bargelli per aver promosso, in tale occasione, una riflessione collettiva, trasversale e di ampio respiro sul futuro del diritto.

di studi e progetti normativi elaborati da organismi transnazionali o sovranazionali influenzano, talvolta anche indipendentemente da un loro reale potere normativo, il diritto civile. Nell'ambito di questi studi particolare importanza riveste l'evoluzione impressa al diritto internazionale privato dall'Unione Europea, e le nuove potenzialità offerte dalla disciplina nell'evoluzione del diritto transnazionale. In questo contesto, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato impedisce di comprendere appieno fenomeni come la responsabilità sociale e ambientale delle imprese e la sovranità digitale. La perdita di coerenza di questa distinzione, alla luce delle interferenze private nella governance pubblica, è uno dei fattori all'origine dell'attuale crisi istituzionale del sistema internazionale. La profonda crisi del sistema internazionale, palesata dalle numerose guerre in corso, impone di demistificare gli interessi economici alla base di pretese modernizzazioni del diritto. Il legame tra diritto scritto e giustizia richiede di essere incessantemente verificato, anche nella sua massima espressione, che è data dalle carte sovranazionali sui diritti fondamentali della persona umana. Quella che si propone è una lettura dei diritti fondamentali in chiave dinamica ed evolutiva, non come un insieme di norme scritte e immutabili. Si sostiene che l'universalità dei diritti debba rispettare il principio di sussidiarietà per scongiurare i rischi di imperialismo culturale. Questo significa permettere alle diverse comunità nazionali, culturalmente orientate, di evolvere secondo i propri tempi e modi verso obiettivi razionali comuni a tutta l'umanità. La vera universalità dei diritti fondamentali si realizza allora senza il bisogno di imporre standard uniformi nel presente, ma riconoscendo una naturale tensione comune verso un futuro di pace e armonia sociale globale. I movimenti femministi, ad esempio, seppur con caratteristiche diverse in ogni paese – dalla lotta contro l'obbligo del velo in Iran alle leggi sulla prostituzione in Francia – condividono l'aspirazione a una maggiore libertà e dignità delle donne nella sfera pubblica. Cogliendo i tratti comuni dell'evoluzione giuridica interculturale, scevri da ideologie, si perviene a una comune concezione di progresso sociale, sulla cui base costruire una pace sociale globale duratura a vantaggio delle generazioni future.

## I. La transnazionalizzazione del diritto civile

La transnazionalizzazione del diritto civile deriva, in primo luogo, dalla progressiva erosione delle competenze legislative statali ad opera delle convenzioni internazionali, inclusa la *soft law*<sup>1</sup>. In Europa, questo fenomeno è accentuato dall'incessante adozione

---

<sup>1</sup> Si veda il rapporto del Consiglio Federale svizzero del 1° dicembre 2021 "*Participation du Parlement dans le domaine du droit souple*" in risposta al postulato "Consultazione e coinvolgimento del Parlamento nel settore della *soft law*" che evidenziava il problema del "ruolo crescente della *soft law*" nelle relazioni internazionali nonché gli ulteriori sviluppi internazionali dovuti alle connessioni globali e il conseguente *subdolo indebolimento dei diritti democratici dei Parlamenti* (... per prevenire il rischio che) queste ultime conducano a una procedura legislativa che in linea di principio non è stata decisa". Corsivo mio, si veda la pagina (consultata il 30.12.2024): <https://www.parlament.ch>.

di direttive e regolamenti europei<sup>2</sup>. Anche gli studi e progetti normativi elaborati da organismi transnazionali o sovranazionali che non hanno la natura di fonti, ma sono elaborati da esperti nel quadro di enti di studio come lo European Law Institute di Vienna, Unidroit a Roma o il c.d. Gruppo europeo di diritto internazionale privato, influenzano lo sviluppo del diritto civile nazionale.

Sebbene non assurgano neppure a strumenti di soft law, restando esercizi puramente accademici, questi modelli di leggi o raccolte di principi giungono a permeare il diritto civile interno nella misura in cui la giurisprudenza nazionale e sovranazionale li prende in considerazione e li pone a fondamento delle proprie decisioni.

## **A) Il problema del diritto internazionale privato di fonte statale e le perniciose influenze di una eccessiva tendenza all'astrazione nello sviluppo della disciplina**

Un primo effetto positivo della transnazionalizzazione delle fonti del diritto civile consiste nel fornire un rimedio a quello che è il vizio originario del diritto internazionale privato nazionale, ossia il tentativo di coordinarsi in modo unilaterale – al buio, come anche è spesso detto – con il diritto privato e internazionale privato di altri Stati.

Il coordinamento unilaterale, anche quando operato con precisione svizzera<sup>3</sup>, resta pur sempre “monco” in quanto il rischio che gli altri ordinamenti giuridici con i quali la fattispecie è collegata pervengano a risultati sostanziali diversi resta intatto.

---

*ch/centers/documents/fr/BB\_BX\_Rapport\_CPA\_Soft%20Law\_FR.pdf*

<sup>2</sup> Dalla creazione dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” con il Trattato di Amsterdam nel 1997, l’Unione Europea (UE) è stata l’entità politica più dinamica nel perseguire l’obiettivo di garantire una maggiore certezza giuridica nelle relazioni transfrontaliere, attraverso la creazione di norme uniformi di diritto internazionale privato. L’iperattività della Commissione europea ha ispirato i parlamenti dei Paesi europei ed extraeuropei a trovare soluzioni utili per un migliore coordinamento dei loro sistemi di diritto internazionale privato con il sistema che l’UE sta creando. Una panoramica delle recenti codificazioni di diritto internazionale privato di tutto il mondo è fornita dalla sezione “Rapporti nazionali” dell’Annuario di diritto internazionale privato online qui: <http://www.e-collection.isdc.ch> (27.12.2017). Sulla necessità di mantenere un parallelismo tra il diritto internazionale privato europeo e quello svizzero: MARKUS, FURRER, PRETELLI, *Die Herausforderungen des Europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano-und Drittstaaten / Le sfide del diritto processuale civile europeo per Lugano e gli Stati terzi*, Zurigo, 2016.

<sup>3</sup> Si veda ad esempio l’art. 86, comma 2 della legge di diritto internazionale privato svizzera che riserva la competenza per procedimenti successori e controversie ereditarie allo “Stato che la rivendica a titolo esclusivo per i fondi situati sul suo territorio”. La norma mira a prevenire eventuali conflitti positivi di competenza che si avrebbero se l’autorità svizzera – competente per l’intera successione di un *de cuius* domiciliato in Svizzera al momento della morte – decidesse in merito al trasferimento di proprietà di beni situati nel Regno Unito, nella consapevolezza dell’abituale apertura di procedure successorie relative a beni immobili presenti nel Regno (e dunque di proprietà del Re (sic!) sebbene nel possesso – *estate* – del *de cuius* in questione, che ha il permesso di usarlo).

La ricerca di un sistema di coordinamento unilaterale soddisfacente ha condotto gli studiosi della disciplina a elaborare, nel corso degli ultimi due secoli, tecniche, metodi e teorie talmente sofisticati da rendere la materia tra le più inavvicinabili ai non-specialisti. Questa constatazione ha spinto uno dei più conosciuti autori italiani, Tito Ballarino, a descriverla come la più complessa disciplina umanistica dopo la teologia. Mi piace ricordare questa sua affermazione perché dà conto del carattere quasi esoterico di alcuni istituti del diritto internazionale privato, come il “doppio rinvio”, la “teoria della corte straniera”, la “seconda qualificazione”, il “rinvio di qualificazione”, “l’effetto riflesso delle competenze esclusive”, il “metodo del riconoscimento” o ancora “l’ordine pubblico di prossimità”.

Torna alla mente Egidio Romano che ci ha tramandato la sua sensazione che il desiderio di discettare tra di loro della *natura rerum* e dei *mores hominum* aveva portato gli esperti del diritto comune a inventarsi una lingua a proprio uso e consumo: “*invenerunt sibi quasi proprium idioma*”, “*per quod disputare volebant*”<sup>4</sup>. La significativa propensione all’astrazione degli studiosi si accentua particolarmente tra gli internazionalprivatisti – categoria alla quale appartengo – e pochi resistono alla ‘perniciosa’ tentazione di immergersi in esercizi di geometria, come si è osservato riguardo alla filosofia e alle scienze umanistiche in generale<sup>5</sup>. Del resto, le stesse parole “norma” e “diritto” si sono imposte proprio perché traducono, letteralmente, quelle latine di “squadra” e “righello” e confermano che la materia giuridica non può fare a meno di delimitare spazi geografici, le frontiere d’intervento dell’autorità pubblica, che sia legislativa, giudiziaria o amministrativa.

L’idea che istituti come “il rinvio” possano veramente risolvere l’intollerabile problema della contraddizione tra precetti normativi di fonte eterogenea resta purtroppo illusoria, benché continui ad essere esplorata, rappresentando un affascinante problema teorico. Questo aspetto del diritto internazionale privato aggrava il rischio di tecnicizzazione del diritto e le conseguenti derive verso una sua settorializzazione<sup>6</sup>. La c.d. “armonia internazionale delle soluzioni”, che la vulgata corrente presenta come l’obiettivo principale del diritto internazionale privato non va intesa come una formiula che racchiude l’unica funzione della disciplina. Oltre a essere riduttiva, la concezione che

<sup>4</sup> ROMANO, *De regimine principum libri III*, Roma, 1607, rist. anast. Aalen, Scientia Verlag, 1967, 2.2.7., 304.

<sup>5</sup> Si tratta di tentazioni comuni ad altre discipline umanistiche, come rilevato da ROTA, *The Pernicious Influence of Mathematics upon Philosophy Synthese*, in *New Directions in the Philosophy of Mathematics*, Aug., 1991, Vol. 88, No. 2, 165-178; KAC, ROTA, SCHWARTZ, *The Pernicious Influence of Mathematics on Science*, in *Discrete Thoughts*, Boston, 1992.

<sup>6</sup> È stato con l’art. 81 TFUE, introdotto come art. 65 TCE, che l’Unione ha ottenuto il potere, non senza difficoltà iniziali, di emanare le diverse centinaia di norme di diritto internazionale privato e di diritto processuale che i giudici europei utilizzano oggi. Queste norme sono molto più dettagliate delle norme nazionali degli Stati membri dell’UE. Basti pensare che il lavoro svolto da cinque articoli della legge italiana di diritto internazionale privato sulle successioni – gli articoli da 46 a 50 della legge n. 215/1995 – è stato affidato dall’UE a più di quaranta articoli del regolamento europeo sulle successioni (n. 650/2012).

confina il diritto internazionale a tecnica di coordinamento tra ordinamenti finisce per promuovere incautamente politiche liberistiche, come già evidenziato dalla dottrina francese<sup>7</sup>. Per contrastare questo fenomeno occorre prestare un'incessante attenzione ai principi, ai diritti e alle libertà fondamentali<sup>8</sup>. Frutto delle faticose conquiste dei secoli passati, i diritti fondamentali della persona rappresentano una barriera indispensabile nel rispondere alle sfide decisive della globalizzazione.

## **B) Il rapporto tra diritto internazionale privato di fonte interne e le norme di coordinamento tra ordinamenti sovranazionali**

Il diritto internazionale privato dell'Unione Europea non usa le categorie tipiche delle classiche regole nazionali, caratterizzate da fattispecie generali e sintetiche<sup>9</sup>. Diversamente dall'ordinamento giuridico nazionale, quello europeo non è ancora in grado di aspirare a realizzare una gestione completa degli interessi privati<sup>10</sup> e non può contare sulla sua "autorità e omogeneità"<sup>11</sup>. La formula sintetica della norma di conflitto nazionale contiene un patrimonio normativo ed è depositaria di valori culturali che consentono all'interprete di collocare il caso concreto, attraverso la norma di conflitto, in una concezione abbastanza precisa del proprio sistema giuridico.

Il legislatore nazionale quando decide dell'ambito entro il quale intende circoscrivere la competenza delle autorità nazionali, quello delle leggi che emana e l'importanza che vuole dare all'esigenza di coordinarsi con le autorità straniere al fine di prevenire "situazioni claudicanti" è chiamato a compiere un'attività di delimitazione. Ben diverso, e sicuramente da tenere distinto, è il problema del coordinamento ricercato da un legi-

---

<sup>7</sup> MUIR WATT, *The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in MUIR WATT, FERNÁNDEZ ARROYO (eds), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014, online edn, Oxford Academic, 19 Mar. 2015.

<sup>8</sup> Il rischio di ridurre la norma giuridica a regolamento burocratico lo si percepisce ogni volta che si resta bloccati da "sistemi" che affidano la gestione degli interessi pubblici e privati alla "compliance" verificata attraverso il corretto riempimento di formulari. Si veda la stringente critica di GRAEBER, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, (Melville House) publishing 2015.

<sup>9</sup> VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, 304, trattando della qualificazione, collega la "sinteticità delle norme di conflitto" alla loro natura "formale e indiretta". Sulla funzione della sinteticità della norma di conflitto nel processo di qualificazione, in particolare nel facilitare la sussunzione, si veda ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977, Id., "L'objet de la qualification", in *JDI*, 1980, 227 s. e "Qualification", *Rép. Dalloz*, 1998 (aggiornato 2009), n° 36 s. spec. n° 42.

<sup>10</sup> ANCEL, *Éléments d'histoire de droit international privé*, Paris, 2017, 515 ss. Si veda anche il moi "Le droit international privé entre Chartes des droits et droits «à la carte»", *Mélanges en l'honneur de Bertrand*, in *Ancel*, 2018, 1303-1322.

<sup>11</sup> NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations: relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, 2005, 82, sul principio di coesione dell'ordine interno.

slatore sovranazionale che ha l'autorità di distribuire la competenza giurisdizionale e legislativa tra gli stati membri.

Questa assenza di un *ubi consistam* della categoria usata nelle norme sovranazionali non è priva di vantaggi: l'espressione sintetica della categoria fornisce all'interprete sovranazionale l'ambiguità necessaria per coordinare norme provenienti da fonti eterogenee e la cui coerenza dipende dalla vicinanza culturale degli ordinamenti ai quali la relazione giuridica da regolare è collegata<sup>12</sup>. L'appartenenza della grande categoria "diritto penale" all'ambito del "diritto privato" e non a quello del "diritto pubblico" in Francia rappresenta un esempio delle difficoltà di incasellare norme provenienti da ordinamenti diversi in una stessa categoria usata da una convenzione internazionale. Proprio per questa ragione, i concetti usati dalle categorie delle norme contenute in convenzioni internazionali devono essere interpretati in modo "autonomo". In questo contesto lessicale, la parola "autonomia" conserva il suo significato originario<sup>13</sup> e indica l'autoreferenzialità delle convenzioni. Il diritto comparato – che permette di trovare i minimi comuni denominatori di istituzioni diffuse in tutto il mondo, anche se regolate da norme diverse – può indubbiamente aggiungere significato all'interpretazione delle espressioni utilizzate nelle convenzioni, quando queste parole perdono il significato tecnico che l'appartenenza a un ordinamento giuridico può conferire loro.

<sup>12</sup> BALLARINO, "Norme vaghe e diritto internazionale privato", *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, in *Jus*, 1999, 67 s., indica che l'indeterminatezza semantica dei segni linguistici utilizzati dal legislatore può essere al servizio della politica legislativa. Nel diritto internazionale privato, l'indeterminatezza è al servizio della flessibilità. Il collegamento "più stretto" non può essere sempre identificato *ex ante* con assoluta certezza e può rimanere un concetto "vago". In una prospettiva simmetrica, osserviamo che considerazioni ideologiche e di giustizia sostanziale possono intervenire per rendere "vaghe" norme che, di per sé, non lo sarebbero. In questi casi, l'indeterminatezza deriva dall'interpretazione, come sottolinea l'autore osservando che l'interprete, di fronte a conseguenze manifestamente irrazionali, si sottrae al comandamento legislativo dell'ambiguità per permettersi di perseguire la giustizia del caso concreto (pp. 68 s.). Ciò accade soprattutto quando "l'applicazione concreta della legge applicabile al caso porta alla negazione di un diritto riconosciuto da tutte le leggi in presenza" (p. 73). Si fa riferimento ai casi del debito imprescrittibile di Franz Kahn; al caso Bartholo; al testamento olografo degli olandesi all'estero; al caso citato da Martin Wolff relativo all'eredità della vedova che, durante il matrimonio e con il marito, aveva rinunciato alla nazionalità tedesca a favore di quella svedese, ecc.

<sup>13</sup> In filosofia, l'autonomia designa classicamente – a partire dall'uso che ne fa Kant – l'indipendenza della volontà da ogni desiderio, la capacità della persona di determinarsi secondo la propria legge – la legge della ragion pratica, cioè una legge universale (KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, II). Nel linguaggio comune, il termine viene utilizzato per indicare una norma che trova la sua fonte in se stessa. Tuttavia, il diritto positivo ha recuperato il principio trasformandolo in una norma giuridica eteronoma, in particolare per garantire l'attribuzione di effetti vincolanti all'"espressione della libera volontà" in ambiti particolari (ad esempio, la tutela degli adulti, ecc.). Il "trasformismo" del principio non è privo di ambiguità: PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginevra, 2013, 197 ss.; FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, Paris 2023.

Questo modo di interpretare le regole dei trattati è dunque funzionale al rispetto del c.d. “divieto di interpretazioni unilateralistiche” delle convenzioni internazionali<sup>14</sup>.

Sulla scorta della consapevolezza, che fu già di Mancini<sup>15</sup>, dell'impossibilità di risolvere il problema del coordinamento tra ordinamenti in modo unilaterale, Asser promosse la costituzione di una conferenza permanente, con sede all'Aja, con lo scopo di unificare il diritto internazionale privato a livello sovranazionale<sup>16</sup>.

Nel linguaggio dell'epoca, si trattava di garantire agli stranieri il « godimento dei diritti » attraverso l'applicazione delle leggi da cui tali diritti dipendono<sup>17</sup>. Era inoltre già chiaro che l'applicazione delle leggi straniere “*ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (comitas gentium), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les Etats doivent être considérés comme un devoir de justice internationale*”<sup>18</sup>.

### **C) L'armonizzazione del diritto civile attraverso l'uniformizzazione del diritto internazionale privato perseguita dall'Unione Europea**

Tre fattori differenziano le norme di diritto internazionale privato convenzionali da quelle dell'Unione Europea. In primo luogo, lo scopo dell'uniformizzazione. Diversamente dalla Conferenza dell'Aja, lo scopo perseguito dal legislatore dell'Unione Europea attraverso l'uniformizzazione del diritto internazionale privato trascende quello del “coordinamento tra ordinamenti” ed è considerato funzionale alla realizzazione degli obiettivi politico-economici dell'Unione Europea. Tra questi è menzionata l'armonizzazione del diritto privato<sup>19</sup>, in particolare quello dei contratti<sup>20</sup>, e in secondo luogo la necessità

---

<sup>14</sup> L'interpretazione unilateralistica mina il rispetto della regola *pacta sunt servanda*. Si veda SCOVAZZI, *Corso di diritto Internazionale. Parte II*, 2022, 54 che stigmatizza la pretesa di interpretare un trattato alla luce del significato proprio di norme del diritto interno come “interpretazione parrocchiale”.

<sup>15</sup> Si veda la risoluzione “*Utilité d'un accord commun des règles uniformes de droit international privé*” adottata dall'Institut de droit interantional fondato e presieduto da Mancini nel 1873 nel corso della sessione di Ginevra del 1874 ([https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1874\\_gen\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1874_gen_01_fr.pdf)).

<sup>16</sup> Le prime quattro “sessioni diplomatiche” della Conferenza si svolsero negli anni 1893-1904. Successivamente alla Seconda guerra mondiale la struttura della conferenza fu trasformata in un'organizzazione internazionale con l'adozione, nel 1955, di uno statuto. Lo scopo, enunciato dall'articolo 1 resta identico: “*The purpose of the Hague Conference is to work for the progressive unification of the rules of private international law*”.

<sup>17</sup> Si veda l'ultimo paragrafo della risoluzione dell'Institut del 1874, citata alla nota 16.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Si veda la «*Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres*» del 1989 che chiede «*que soient entamés les travaux préparatoires nécessaires à l'élaboration d'un Code européen commun de droit privé*» (C158 du 26.6.1989, 400).

<sup>20</sup> Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio intitolata «*Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre*» (COM 2004. 651).

di tutelare i consumatori e le piccole e medie imprese<sup>21</sup>. Un secondo fattore sono i principi del riconoscimento e della fiducia reciproci, che limitano la possibilità per uno Stato membro di rifiutare l'esecuzione di decisioni provenienti da un altro stato Membro anche quando tali decisioni lo espongono ad una violazione del proprio ordine pubblico<sup>22</sup>. Il terzo fattore è l'accentramento del controllo sull'interpretazione del diritto internazionale privato europeo in seno alla Corte di giustizia. Non va trascurato che la CGUE ha l'autorità per attuare la qualificazione secondo il diritto comparato un tempo suggerita da Ernst Rabel<sup>23</sup>. Partendo dall'idea che la norma di conflitto non si riferisce a un fenomeno della *lex fori* con cui confrontare gli istituti di diritto straniero ma, al contrario, direttamente a ciò che è comune a tutti quegli istituti, l'autore aveva trovato nel diritto comparato un "sostituto" del *Gemeines Recht*, suscettibile di permettere di riscoprire l'omogeneità di fondo dei sistemi di *civil law* europei. Tuttavia, al di fuori di una struttura gerarchica europea, la sua teoria rimaneva avvolta nelle aporie della qualificazione *lege causae*. Essa ritrova appieno il suo senso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.

La Corte ricorre volentieri a espressioni e locuzioni latine – sintesi dei principi generali che costituiscono la *ratio di* istituti giuridici complessi<sup>24</sup>.

Per superare l'impossibilità di una caratterizzazione *lege fori* del caso, la Corte di giustizia individua e utilizza principi fondamentali di natura sostanziale per valutare i rispettivi meriti di tutela delle parti interessate e per scegliere il diritto internazionale

<sup>21</sup> Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2010 «*Aspects relatifs au droit civil, au droit commercial, au droit de la famille et au droit international privé du plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*» (2010/2080(INI)), spec. I punti 32 («*insiste sur la nécessité d'adopter une approche cohérente au niveau international afin d'éviter que les consommateurs et les petites entreprises aient à pâtir de cette situation*») e 33.

<sup>22</sup> Si veda CGUE 28 Marzo 2000, *Dieter Krombach c André Bamberski*, C-7/98. ECLI: ECLI:EU:C:2000:164. In un caso commerciale, con decisione del 1 giugno 1999 *Eco Swiss China Time Ltd c Benetton International NV* C-126/97, la CGUE qualifica l'art. 81 del Trattato, ora divenuto art. 101 TFUE, che protegge la "fair competition", norma di ordine pubblico.

<sup>23</sup> RABEL, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2nd ed. by BERNSTEIN, University of Michigan, 1958 e "Das Problem der Qualifikation", in *RabelsZ*, 5, 1931, 241 e ss. Per una critica non insensibile al fascino della teoria di Rabel, cfr. VITTA, *Diritto internazionale privato*, t. I, Torino, 1972, 310.

<sup>24</sup> MARI, "Le fonti", CASTRONOVO, MAZZAMUTO (a cura di), *Diritto privato europeo*, t. I, 123: "La rilevazione e lo sviluppo [di principi generali del diritto affermati dalla Corte europea di giustizia, ai quali] fanno riferimento migliaia di pronunce – è avvenuta via che se ne presentava la necessità, ora per precisare il significato di alcune norme, ora per collegarle sistematicamente tra loro, talvolta anche per colmare evidenti lacune [...]". Nel caso dell'azione revocatoria ordinaria, ad esempio, la CGUE per compensare l'assenza di un ordinamento giuridico completo all'interno del quale trovare la disciplina di un'actio pauliana europaea la Corte fa riferimento ai principi di buona fede e certezza del diritto, come rilevo in *La bonne foi dans la pondération de la proximité et la fonction résiduelle du for spécial en «matière contractuelle» dans le règlement Bruxelles I – À propos de l'arrêt Feniks (CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, Feniks Sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL)*, *Revue critique de droit international privé*, 2020, 61-82. Sulla pauliana europea si veda il precedente *Garanzie del credito e conflitti di leggi*, Napoli, 2010 e LINNA, *Actio Pauliana – "Actio Europensis"? Some Cross-Border Insolvency Issues*. in *Journal of Private International Law*, 2014, 69-87.

privato applicabile. La scelta viene effettuata sulla base della coincidenza o meno dello scopo perseguito da una delle parti con gli obiettivi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia europeo.

Così, la Corte di giustizia ha potuto usare la propria posizione per riempire il vuoto delle nozioni giuridiche impiegate nelle norme di diritto internazionale privato, delineando d'autorità i contorni delle nozioni autonome usate dalle regole di diritto internazionale privato; sia per supplire alla carenza di un diritto privato europeo, sia per costruire le fondamenta di un futuro diritto privato europeo.

In uno spazio costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici con tradizioni e linguaggi diversi, la Corte di Giustizia è nella posizione di sciogliere le esitazioni interpretative dovute alla particolarità della *forma mentis* dell'interprete nazionale, plasmata prevalentemente dallo studio dell'ordinamento giuridico nazionale a cui è legato. Elaborando nozioni autonome, la Corte evita che quest'ultimo distorca il funzionamento della norma sovranazionale.

Le norme europee hanno progressivamente abbandonato la categoria sintetica delle norme statali che hanno reso inoperanti per proporre una dettagliata regolamentazione dei problemi giuridici transfrontalieri. Per individuare il regime di diritto internazionale privato europeo applicabile a un caso specifico, è necessario approfondire l'elenco delle "materie escluse" che compare sempre all'inizio dei regolamenti di diritto internazionale privato europeo, per poi esaminare il capitolo finale sui "rapporti con altri strumenti" e verificare i possibili accostamenti e i mezzi di coordinamento prescritti. Il compito dell'interprete diventa quello di mettere insieme i dati estratti dai considerando, dall'elenco delle esclusioni e dalle clausole finali di coordinamento, un compito che richiede la gestione di una grande quantità di informazioni complesse<sup>25</sup>.

L'Unione europea ha usato il diritto internazionale privato per imprimere una significativa accelerazione alla – inevitabile – permeazione dei valori europei negli Stati membri, incontrando talvolta qualche resistenza. L'integrazione d'autorità, attraverso

---

<sup>25</sup> Un esempio riguarda il coordinamento tra la Convenzione di Lugano e il Regolamento europeo sulle obbligazioni alimentari (Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008) effettuato dall'articolo 67 della prima e dal suo Protocollo n. 3 (RS 0.275.12). All'interno dello spazio europeo, il regolamento è applicato anche nei casi "extraeuropei" (vedi sopra) soggetti alla Convenzione di Lugano (poiché il Protocollo prevede che "Ai fini della Convenzione, le disposizioni che, in relazione a materie particolari, disciplinano la competenza giurisdizionale o il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni e che sono o saranno contenute in atti delle istituzioni delle Comunità europee sono equiparate alle convenzioni di cui all'articolo 67, paragrafo 1"). C'è il rischio che lo stesso caso venga valutato in base al regolamento sulle obbligazioni alimentari da un giudice europeo e in base all'art. 5-2 della Convenzione di Lugano in Svizzera, con il rischio di creare conflitti di giurisdizione. Le autorità svizzere avevano espresso l'intenzione di evitare il problema concludendo un protocollo aggiuntivo: cfr. il Messaggio relativo al decreto federale che approva e applica la Convenzione di Lugano riveduta concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 18 febbraio 2009, (FF 2009 1497), 1515-1516, nota 30.

l'imposizione di una cieca “fiducia reciproca”<sup>26</sup> – e la conseguente ricercata burocratizzazione del metodo del riconoscimento – è stata respinta nella materia delicata del diritto di famiglia. Con l’avallo della Corte EDU<sup>27</sup>, le autorità giurisdizionali degli Stati Membri hanno chiaramente segnalato<sup>28</sup> di voler “guardare prima di saltare”. La necessità di una riflessione più approfondita sui diritti fondamentali è diventata evidente e riempie tutti i campi del diritto internazionale privato contemporaneo.

## D) Il rispetto dei diritti fondamentali nell'economia del libero mercato

L'esistenza, all'interno dello stesso ordinamento giuridico, di un sistema di diritto internazionale privato non limitato da un sistema di diritto civile sta dando luogo a un fenomeno opposto a quello registrato da Etienne Bartin al momento della scoperta “dell'impossibilità di giungere a una soluzione definitiva dei conflitti di leggi”<sup>29</sup>. Lungi dall'essere influenzato da un diritto civile uniforme, il diritto internazionale privato funge da base per la sua creazione.

La formulazione sempre più analitica delle norme di diritto internazionale privato europeo impone agli interpreti di confrontare gli istituti giuridici degli ordinamenti stranieri con il proprio. Questo confronto stimola la riflessione giuridica, se non l'emulazione, e facilita la standardizzazione perseguita dall'Unione europea.

L'Unione europea è un ordinamento giuridico autosufficiente – *iurisdictionem habens* – che mantiene l'autorità necessaria per gestire il coordinamento tra particolari sistemi di diritto internazionale privato in modo verticale, attraverso una distribuzione delle competenze accompagnata dall'obbligo di riconoscimento. Questo metodo di gestione non si limita all'aggiudicazione razionale delle competenze distribuite dai regolamenti all'interno dei confini europei. La giurisdizione della CGUE sulle questioni interpretative diventa un'opportunità per trasporre il controllo sulla competenza giurisdizionale e legislativa al livello sostanziale e per identificare i principi sostanziali di

<sup>26</sup> Si veda per un esempio concreto MORGESE, “Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri”, in *Studi sull'integrazione europea*, VII (2012), 147-162, 155.

<sup>27</sup> Corte dei diritti dell'uomo, *Pellegrini c. Italia*, Req. n. 30882/96, 20 luglio 2001.

<sup>28</sup> Il tentativo di garantire la validità transfrontaliera della decisione emessa dall'autorità competente al di fuori di un controllo di conformità esperito nel Regolamento Bruxelles II bis con riferimento al diritto di visita e alla sottrazione di minori da parte dei genitori può dirsi fallito alla luce della rifusione di tale Regolamento che contempla importanti eccezioni al precedente “automatismo” del riconoscimento. Questo metodo di gestione – che implica la preventiva individuazione di un sistema giuridico esclusivamente competente (Picone) – ha dato luogo a difficoltà per quanto riguarda il rapporto di queste disposizioni con la giurisprudenza *Pellegrini* della Corte europea dei diritti dell'uomo cit. alla nota precedente.

<sup>29</sup> BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, in *JDI* 1897, 225, 466 e 720, e *Études de droit international privé*, 1899, 1.

giustizia che possono essere accettati nello spazio europeo. Questi servono sia per individuare il diritto applicabile sia per ispirare la soluzione nel merito del caso.

Con l'assunzione progressiva di un ruolo politico di garante dei valori democratici e di giustizia, che è valso all'Unione il Nobel per la pace nell'anno 2012, la CGUE ha finito per affiancare la Corte europea dei diritti dell'uomo. Attraverso un'interpretazione sempre più analitica dei diritti e delle libertà fondamentali, le due Corti finiscono per armonizzare il diritto sostanziale degli Stati soggetti alla loro giurisdizione. L'evoluzione del diritto delle coppie omosessuali è direttamente collegata a queste decisioni e alla necessità di risolvere conflitti di diritto che la giustizia geografica si è dimostrata incapace di risolvere in molti paesi europei<sup>30</sup>. Muovendo da un'approfondita riflessione su alcuni diritti fondamentali – diritti all'identità, diritto al rispetto della propria vita familiare e privata – le Corti sovranazionali hanno messo in discussione lo status tradizionale della famiglia creando discrasie nell'ambito dei diritti privati di fonte nazionale e rendendo dunque necessaria una loro evoluzione convergente<sup>31</sup>.

La tendenza all'astrazione, alla specializzazione e alla giustificazione delle soluzioni sul piano esclusivamente tecnico, anassiologico, ha reso il diritto internazionale privato uno strumento strategico per la promozione di politiche legislative inesprese o addirittura inconsapevoli. Questa circostanza ha agevolato l'uso strategico del diritto internazionale privato da parte del legislatore europeo e da parte degli organismi internazionali anche consentendo di superare comprensibili resistenze opposte, a livello nazionale, a pressioni derivanti da esigenze economiche marcatamente neoliberali<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> La concorrenza tra Corti non ha mancato di creare delle discrasie spiegabili con il diverso orientamento espresso dai diritti fondamentali ai quali ciascuna corte fa riferimento. Si veda LOWE, *A supra-national approach to interpreting the 1980 Hague Child Abduction Convention - a tale of two European courts: Part 2: the substantive impact of the two European Courts' rulings upon the application of the 1980 Convention*, in *International Family Law 2012*, 170-179 e il mio *Three Patterns, One Law - Plea for a Reinterpretation of the Hague Child Abduction Convention to Protect Children from Exposure to Sexism, Misogyny and Violence against Women* in PFEIFFER a kol. (eds), *Liber Amicorum Monika Pauknerova*, Praha, 2021, 363-393.

<sup>31</sup> Un'ampia riflessione sul tema dell'impatto dei casi transfrontalieri sul diritto di famiglia nazionale è contenuta nella sezione curata da BARGELLI e PRETELLI, *Family Status, Identities and Private International Law*, in *Yearbook of Private International Law*, Volume 25 (2023/2024), 105-273.

<sup>32</sup> CALDERAI, *La nottola di minerva. osservazioni sui fondamenti etico-politici dei modelli regolatori della surrogazione di maternità tra teoria e ideologia*, in *Studi Urbinati*, 2024, in corso di pubblicazione.

## **II. Il problema della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dell'interferenza socio-ambientale delle grandi società commerciali**

L'ordinamento giuridico di una comunità locale non è determinato esclusivamente dalle autorità pubbliche dello Stato che la governa o dalle norme sovranazionali di cui abbiamo detto. L'impatto delle attività imprenditoriali, soprattutto delle grandi società commerciali, non è neutro né dal punto di vista sociale né da quello ambientale. Le interferenze della sfera privata in quella pubblica stanno provocando un ripensamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

### **A) La responsabilità delle imprese transnazionali per danni causati nella catena delle attività generatrici dei loro profitti**

Le crescenti dimensioni delle aziende commerciali hanno reso irrealistico continuare a confinare tutte le decisioni aziendali nella sfera del diritto privato, come se non avessero alcun impatto sulla società e sull'ambiente<sup>33</sup>.

È esperienza comune che la decisione di un'azienda, presa da un numero molto ristretto di persone, può cambiare radicalmente l'ambiente di vita di un numero molto elevato di altre persone. Agendo all'interno di strutture impermeabili al potere democratico, una o due persone possono cambiare radicalmente le condizioni di vita di almeno quattro gruppi di persone, direttamente e da un giorno all'altro. A lungo termine, e indirettamente, le stesse decisioni monocratiche possono cambiare il tessuto sociale in cui si svolge la vita del gruppo preso di mira.

Il primo gruppo è costituito dai dipendenti dell'azienda e dalle loro famiglie. Diversi studi evidenziano il forte aumento del tasso di suicidi tra le persone in età lavorativa nei

---

<sup>33</sup> CARROLL, *Corporate Social Responsibility, Evolution of a definitional construct*, in *Business & Society* 1999, 268 ss. e il mio "Conduite responsable des entreprises, droits fondamentaux et durabilité sociale. Une comparaison critique de tendances législatives contemporaines", in *Revue suisse de jurisprudence*, 2024, 63-74.

principali gruppi industriali statunitensi<sup>34</sup>. In Francia<sup>35</sup> e in Giappone<sup>36</sup> tribunali hanno riconosciuto l'esistenza di "molestie morali istituzionali" da parte di dirigenti e amministratori.

Il secondo gruppo, molto più ampio, è costituito dai clienti delle multinazionali, che comprendono i consumatori ma anche i clienti professionali, che stipulano contratti con l'azienda per i loro scopi professionali.

La vulnerabilità del terzo gruppo deriva dalla situazione geografica delle imprese – o dei loro partner commerciali nella catena di attività – e dall'insufficienza delle leggi locali e della consapevolezza delle ricadute ambientali della produzione aziendale.

Infine, il quarto gruppo è costituito dagli azionisti della società, che potrebbero non avere il necessario grado di controllo sulle decisioni della direzione aziendale.

Bowen aveva già sostenuto che le autorità pubbliche dovevano rendere le imprese consapevoli degli obiettivi e dei valori della società in cui operano, in modo che adottassero politiche e prendessero decisioni che riflettessero tali obiettivi e valori<sup>37</sup>. Secondo il suo punto di vista, tuttora influente, l'obbligo di rispettare i valori fondanti della società era originariamente concepito come un dovere morale, obbedendo a principi etici o addirittura religiosi.

Seguendo l'argomentazione di Bowen, le aziende sarebbero – almeno moralmente – obbligate ad adattare la loro struttura, il loro funzionamento e le loro attività in modo da corrispondere ai bisogni sociali.

Al contrario, stiamo assistendo al fenomeno inverso, in cui le comunità mondiali hanno dovuto adattarsi alle esigenze delle imprese. Spesso le imprese cercano attivamente di superare i limiti del quadro legislativo esistente, di influenzarne lo sviluppo e di costruire una legislazione *pro domo*<sup>38</sup>. Tra i loro dipendenti, assumono lobbysti a tem-

---

<sup>34</sup> SUSSELL, PETERSON, LI, MINIÑO, SCOTT, STONE, *Suicide rates by industry and occupation*, *MMWR Morb Mortal Wkly Rep*, 2023;72:1346-1350.

<sup>35</sup> Gli ex amministratori delegati di France Télécom Didier Lombard e Louis-Pierre Wenès sono stati condannati in Francia dalla Corte d'appello di Parigi il 30 settembre 2022 a una pena detentiva di un anno con sospensione condizionale e a una multa di 15.000 euro per la politica di ridimensionamento "sfrenato" attuata in France Télécom tra il 2007 e il 2008, che ha portato all'uscita di 22.000 dipendenti e alla messa in mobilità di altri 10.000 (su circa 120.000 dipendenti) e ha causato un'ondata di 35 suicidi. Le misure sono state definite "molestie istituzionali" o "*harcèlement moral institutionnel*". Il ricorso alla Corte di Cassazione è ancora pendente. Cfr. SAADA, *Du service public au harcèlement moral, ou comment une politique d'entreprise peut devenir un délit*, in *Travailler* 2021, 75-86; DEBOUT, DELGÈNES, *De plus en plus de suicides sont causés par le harcèlement moral*, in *Idées reçues sur le suicide*, 2024, 101-110.

<sup>36</sup> SALA, *Activisme judiciaire et transformations de l'action publique au Japon. Le cas de la mort et du suicide par surmenage (karōshi-karōjisatsu)*, in *Gouvernement et action publique*, 2024, 5-28.

<sup>37</sup> BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Iowa City, 1953, 6.

<sup>38</sup> FRÉCHET, *Entre contraintes et ressources: la stratégie juridique de l'entreprise*, in: LIARTE (ed.), *Les grands courants en management stratégique*, Caen 2019, 43 ss; POLLICINO, BASSINI, DE GREGORIO, *Diritto di Internet e tutela dei diritti fondamentali*, Milano 2022, *passim*; ZUBOFF, MAXMIN, *The Support Economy, Why Corporations Are Failing Individuals and the Next Episode of Capitalism*, New York, 2004,

po pieno, che posizionano strategicamente dove possono influenzare i politici, sia che si tratti di autorità nazionali o di funzionari o politici dell'UE a Bruxelles. Possono anche influenzare l'esito di controversie strategiche e, impiegando "plotoni" di avvocati, eludere le responsabilità e ottenere l'impunità per le loro azioni.

Allo stato attuale, qualsiasi comportamento eticamente orientato da parte dei dirigenti delle multinazionali rimane nella sfera della loro coscienza personale e può essere addirittura limitato dall'obbligo legale di perseguire il profitto. Scelte intime, personali, etiche o religiose possono spingere i manager delle multinazionali a cercare di neutralizzare i rischi socio-ambientali generati dalle attività dell'azienda lungo tutta la sua catena del valore, ma dovranno comunque giustificare l'interesse economico delle loro scelte agli azionisti. L'attuale struttura del diritto societario "vivente" – cioè le leggi nazionali applicate dai tribunali nazionali – porta i manager a sfruttare i vantaggi economici che possono derivare da lacune o carenze legislative nella protezione dell'ambiente o dei gruppi sociali (lavoratori, clienti, residenti) in alcuni Paesi, prestando esclusiva attenzione ai limiti fissati, che attualmente non includono l'attenzione alle questioni socio-ambientali.

Il rischio che le filiali e i subappaltatori della catena di approvvigionamento possano causare danni alla salute dei lavoratori, dei consumatori o dell'ambiente è quindi spesso accettato o almeno tollerato in loco, in assenza di norme giuridiche efficaci<sup>39</sup>. L'apparente legittimità di questo doppio standard di protezione dei diritti fondamentali deriva dall'uso – forse immorale, ma indubbiamente ammissibile – del pluralismo giuridico e delle lacune presenti in varia misura nei sistemi giuridici di alcuni Paesi.

La ricerca di leggi più liberali, tra quelle disponibili, può essere effettuata sia ricorrendo al dumping sociale, sia attraverso il diritto internazionale privato, e in particolare attraverso tecniche che consentono alle MNC di scegliere la legge applicabile e il foro competente<sup>40</sup>.

Anche il manager più coscienzioso dal punto di vista etico avrebbe difficoltà a giustificare i costi aggiuntivi necessari per proteggere questi tre gruppi, a meno che non abbia una disposizione che lo esoneri dal dovere di massimizzare i profitti.

È quindi dubbio che la ricerca del profitto e del potere aziendale sia "patologica" come spesso è osservato<sup>41</sup>. Sembra piuttosto essere il risultato della struttura del diritto vigente e dell'assenza di regole che rendano necessaria la valutazione preventiva dei rischi e la neutralizzazione, con cognizione di causa, di ogni possibile danno sociale o am-

*passim*.

<sup>39</sup> Più di 70 ONG hanno firmato una lettera aperta alle istituzioni europee con l'obiettivo dichiarato di "proteggere i nostri diritti riconosciuti a livello internazionale nella CSDDD" [*Corporate Sustainability Duty of Care Directive*] dell'ottobre 2023, <<https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/documents/FR%20-%20Open%20Letter%20CSDDD.pdf>> (ultima consultazione 9.11.2023).

<sup>40</sup> IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018, *passim*.

<sup>41</sup> Si veda, ad esempio, BAKAN, *The Corporation, The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, 2004.

bientale che potrebbe essere causato come effetto secondario delle attività dell'impresa, indipendentemente dagli ordinamenti giuridici in cui queste attività vengono svolte.

Gli Stati e le entità sovranazionali come l'ONU e l'UE stanno reagendo alle politiche aziendali che mettono in pericolo le risorse socio-ambientali adottando una serie di riforme legislative, che non sempre perseguono gli stessi obiettivi in modo coerente.

Il riconoscimento della responsabilità socio-ambientale delle imprese va di pari passo con il riconoscimento della natura vincolante dei diritti fondamentali, in virtù della loro appartenenza al diritto positivo e allo *ius cogens*<sup>42</sup>.

## **B) I contratti conclusi dagli utenti delle piattaforme digitali per l'uso delle reti sociali**

L'insufficienza della legislazione a tutela dei consumatori per controbilanciare la disparità di potere contrattuale tra questi ultimi e le multinazionali è stata pienamente riconosciuta con la rivoluzione digitale.<sup>43</sup> Le autorità pubbliche nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea hanno inizialmente reagito al "significativo squilibrio" osservato, concedendo agli utenti di piattaforme professionali la stessa protezione di cui beneficiano i consumatori<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Si veda la decisione della Corte Suprema del Canada 2020 SCC 5, 28.2.2020, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, N 124-129): "Le norme di diritto internazionale consuetudinario, come quelle che i lavoratori eritrei sostengono siano state violate, sono intrinsecamente diverse dagli illeciti nazionali esistenti. Il loro carattere è più pubblico rispetto agli illeciti privati nazionali esistenti, poiché la violazione di queste norme "sconvolge la coscienza dell'umanità" [...]. Rifiutare di riconoscere le differenze tra gli illeciti domestici esistenti e il lavoro forzato, la schiavitù, i trattamenti crudeli, inumani o degradanti e i crimini contro l'umanità può compromettere la capacità del tribunale di affrontare adeguatamente la natura atroce del danno causato da questa condotta. [...] Gli obiettivi associati alla prevenzione delle violazioni dello *jus cogens* e delle norme di diritto internazionale consuetudinario sono unici. Si può sostenere che per rimediare adeguatamente a queste violazioni siano necessarie risposte diverse e più incisive rispetto alle tipiche richieste di risarcimento per illecito civile, data la natura pubblica e l'importanza dei diritti violati, la gravità della loro violazione, l'impatto sugli obiettivi nazionali e globali in materia di diritti e la necessità di scoraggiare successive violazioni". Un precedente, seppur timido, riconoscimento del carattere vincolante di alcune disposizioni del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, concluso il 16 dicembre 1966 (RS 0.103.1; cit. Patto I) e di quelle del Patto internazionale sui diritti civili e politici, concluso il 16 dicembre 1966 (RS 0.103.2; cit. Patto II) è stato affermato dal Tribunale federale svizzero nel caso (ATF 121 V 229, 232) in cui si afferma che alcune norme "ad esempio l'art. 8 al. 1 let. A, riguardante il diritto di formare sindacati e di aderire al sindacato di propria scelta" hanno il carattere di norme direttamente applicabili".

<sup>43</sup> Cfr. ALPA, *On Contractual Power of Digital Platforms*, in *European Business Law Review*, 2023, 377-390; IDOT, *La distinction entre la "matière contractuelle" et la "matière délictuelle" revisitée par les actions en droit de la concurrence*, in *Revue critique de droit international privé*, 2021, 440-460, nota 82; *A Humanist Approach to Private International Law and the Internet*, in *Yearbook of Private International Law*, 2020/2021, 201-244, a 224.

<sup>44</sup> CGUE, 24 novembre 2020, *Wikingerhof GmbH & Co. KG contro Booking.com BV*, C-59/19,

Il ricorso alle tecnologie digitali ha rinnovato l'aspirazione francescana di uscire dal sistema monetario<sup>45</sup> grazie alle esperienze di economia collaborativa. Inoltre, le applicazioni degli smartphone e le piattaforme che utilizziamo quotidianamente hanno aumentato l'effettivo godimento di molti diritti fondamentali sanciti dalle nostre costituzioni e dichiarazioni universali. Queste ultime sono state redatte per garantire una più equa distribuzione dei benefici del progresso umano tra la popolazione. Contemporaneamente, tuttavia, un numero limitato di piattaforme digitali ha acquisito un potere tale, in termini di sorveglianza e governance di massa, da essere considerato funzionalmente sovrano<sup>46</sup>. Le grandi piattaforme digitali sono in grado di stabilire regole sociali, controllarne l'applicazione e farle rispettare: esercitano un controllo completo sulla partecipazione degli utenti alla comunità digitale, autorizzandone l'accesso, bloccando ed escludendo i membri. Sono certamente governate dalle leggi di un certo numero di Stati, ma si avvantaggiano anche dell'immaterialità del loro software e dell'efficacia del loro potere e controllo sugli utenti. A causa di queste circostanze particolari, le piattaforme digitali sono in grado di minimizzare l'impatto delle normative statali sul loro funzionamento, di adottare politiche di dumping, e di negoziare su un piano di parità con gli Stati nazionali.

Ai manager delle grandi multinazionali e a quelli dei *Tech giants* non è richiesta alcuna consapevolezza o preparazione etica o politica sebbene prendano decisioni che hanno un impatto sul pubblico in generale, determinando indirettamente il destino delle comunità sociali in cui ciascuno di questi gruppi vive.

Gli utenti delle piattaforme digitali online rappresentano una nuova categoria di parti deboli che richiedono considerazione giuridica e protezione speciale, in particolare attraverso le norme di diritto internazionale privato. La maggior parte delle norme di diritto internazionale privato dell'UE esistenti può essere facilmente adattata alle esigenze degli utenti delle piattaforme online, con alcune precisazioni. Questi possono essere ricavati dalla giurisprudenza – che sta portando sempre più all'attenzione dell'opinione pubblica le categorie più vulnerabili di utenti di piattaforme online – ma anche dalle recenti iniziative legislative volte a definire e regolamentare le piattaforme online. L'obiettivo è quello di correggere l'asimmetria significativamente squilibrata tra l'utente medio e la piattaforma online che utilizza e che può essere un'arena significativa per l'espressione della sua personalità. Un'asimmetria può esistere anche nelle relazioni digitali tra

---

ECLI:EU:C:2020:950. In Italia, le pratiche delle piattaforme digitali sono state oggetto di sanzioni amministrative, si veda ad esempio *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 23 marzo 2016, n. 25940 (I/779) Boll. n. 11/2016. In Francia, la legge “*Sécuriser et réguler l'espace numérique*” del 21 maggio 2024 mira a stabilire l'equità commerciale vietando alle piattaforme digitali di favorire i propri servizi e a ridurre la dipendenza delle imprese dai fornitori di *cloud*.

<sup>45</sup> AGAMBEN in *Altissima povertà* illustra il sogno irrealizzato di Francesco d'Assisi di vivere senza essere titolare di diritti, ma semplicemente attraverso l'“uso” della natura.

<sup>46</sup> POLLICINO, “*What Are We Talking about When We Talk about Digital Constitutionalism?*”, in *Quaderni costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto costituzionale*, 3/2023, 569-594.

gli utenti di una determinata piattaforma, e il diritto internazionale privato può offrire strumenti altrettanto rilevanti per porvi rimedio e ottenere soluzioni eque.

### III. La crisi istituzionale del diritto internazionale

A fronte di questi tentativi di armonizzazione dall'alto verso il basso, le resistenze di segno opposto sembrano aumentare e mettere a rischio le aspirazioni universalistiche. Assistiamo a un susseguirsi di rifiuti di rispettare gli obblighi derivanti dall'appartenenza a comunità sovranazionali, segno che alcuni Stati non riescono più a identificarsi con le entità sovranazionali di cui sono membri<sup>47</sup>. Le tante guerre attualmente in corso testimoniano l'assenza di una vera alleanza globale per una giustizia universale e la profondità della crisi istituzionale che la comunità internazionale sta attraversando.

In questo contesto di crisi, non è sufficiente demistificare i percorsi di ricerca guidati dalla volontà di conseguire interessi economici attraverso il diritto internazionale privato e portare l'attenzione sulle vere sfide attuali della governance globale<sup>48</sup>.

Un impulso decisivo a questo processo è stato dato proprio dalle istituzioni sovranazionali, grazie alla loro visione d'insieme dell'impatto delle strategie aziendali sulla sostenibilità sociale e ambientale del pianeta.

Quasi cinquant'anni fa, nel 1976, l'OCSE ha adottato i Principi di condotta responsabile delle imprese<sup>49</sup>.

Nel 2002, Tony Blair ha presentato l'Iniziativa per la trasparenza delle industrie estrattive (EITI) al Vertice mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg<sup>50</sup>.

Nell'ottobre 2008, l'ex presidente degli Stati Uniti Bill Clinton ha affermato che le politiche del Fondo Monetario Internazionale (FMI) e della Banca Mondiale sono state all'origine dei danni subiti da diverse popolazioni del mondo e il Fondo ha espresso il pro-

---

<sup>47</sup> La *Brexit* è stato il primo segnale di una crisi dell'Unione Europea. Si pensi poi alle decisioni delle Corti costituzionali italiana e russa. La prima ha stabilito che la decisione della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 che afferma l'immunità della Germania è contraria alla Costituzione italiana. La sentenza n. 238 del 2014 afferma che l'armonia e la coerenza dell'ordinamento giuridico internazionale non possono prevalere sulla tutela dei diritti umani garantita dalla Costituzione italiana. La Corte costituzionale russa ha rifiutato di dare effetto alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 dicembre 2014, n. 14902/04 nella sentenza *Yukos* (19 gennaio 2017, n. 1-/2017).

<sup>48</sup> MUIR WATT, FERNÁNDEZ ARROYO (eds), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014; online edn, Oxford Academic, 19 Mar. 2015.

<sup>49</sup> Linee guida dell'OCSE per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile delle imprese, Parigi 2023.

<sup>50</sup> Fondata a Londra il 17 giugno 2003 con l'adozione di dodici principi di trasparenza, l'EITI è sostenuta dalla Banca Mondiale attraverso il suo *fondo fiduciario multi-donatori (MDTF)*.

prio rammarico per la decisione di dare priorità alle richieste degli investitori stranieri rispetto a quelle dei produttori locali<sup>51</sup>.

Nel 2010, lo stesso fondo ha riconosciuto che era paradossale costringere i Paesi indebitati ad accettare investimenti non sostenibili, distruttivi per l'ambiente e quindi fonte di carestia per la popolazione locale. È stato quindi adottato un meccanismo che obbliga le imprese a contribuire finanziariamente alla tutela dell'ambiente<sup>52</sup>.

Nello stesso anno è stata istituita la norma internazionale ISO 26 000 sulla responsabilità sociale<sup>53</sup>.

Nel 2011, il Consiglio per i diritti umani dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione 17/4 “Diritti umani e imprese transnazionali e altre imprese commerciali”<sup>54</sup>.

L'introduzione di limiti alla libertà imprenditoriale sembra dunque giustificata anche dai rischi sistemici che derivano dalla concentrazione del potere economico in poche mani e che minacciano l'equilibrio del sistema economico globale.

La recente Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 sulla due diligence di sostenibilità delle imprese afferma chiaramente che “Tutte le imprese hanno la responsabilità di rispettare i diritti umani, che sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi” (Considerando 7). L'adozione di standard internazionali contribuisce a tutelare la salute delle generazioni future nei Paesi più esposti al potere economico degli attori privati<sup>55</sup>.

La crescente consapevolezza dell'esigenza di conciliare le esigenze economiche delle imprese con l'interesse pubblico a contenere i costi sociali e ambientali rafforza l'ob-

---

<sup>51</sup> LONGLEY, *The International Monetary Fund*, ThoughtCo, 26.8.2022, <<https://www.thoughtco.com/international-monetary-fund-6300-881>> (ultimo accesso 9.11.2023). Dieci anni prima, anche Bill Clinton si era rammaricato del fatto che gli aiuti statunitensi all'Africa dipendessero più dalle esigenze politiche della Guerra Fredda che dalle richieste locali della popolazione (John F. Harris, Clinton Says U.S. Wronged Africa, *Washington Post* del 25.3.1998, <<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1998/03/25/clinton-says-us-wronged-africa/ca090cd0-bdb8-4e33-9dfc-e66fdc2e59b6/>> [ultimo accesso 9.11.2023]).

<sup>52</sup> Si veda il programma *Green Finance* del Fondo Monetario Internazionale (FMI), <<https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sonew013010a>> (consultato l'ultima volta il 9.11.2023).

<sup>53</sup> *International Organization for Standardization (ISO)*, ISO 26 000 “Guidelines for social responsibility” del novembre 2010 (cit. ISO 26 000), <<https://www.iso.org/fr/standard/42546.html>> (ultima consultazione 9.11.2023).

<sup>54</sup> *Consiglio dei diritti umani dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, Risoluzione 17/4 “Human rights and transnational corporations and other business enterprises” del 16 giugno 2011 (A/HRC/RES/17/4), <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/72/PDF/G114\\_472.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/72/PDF/G114_472.pdf?OpenElement)> (ultima consultazione 9.11.2023).

<sup>55</sup> LABONTE, SCHRECKER, “Globalization and Social Determinants of Health: The Role of the Global Marketplace”, in *Global Health*, 19.6.2007, <<https://globalizationandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1744-8603-3-5>> (ultimo accesso 9.11.2023); Freeman Engstrom, Rabin, “Pursuing Public Health through Litigation”, in *Stanford Law Review*, 2021, 285 ss.

bligo giuridico di tutelare i diritti fondamentali in risposta a una richiesta di solidarietà con il Sud globale<sup>56</sup>. Le imprese transnazionali devono oggi andare oltre le tradizionali verifiche su solvibilità e qualità dei fornitori esteri con cui contrattano, assicurandosi anche che i loro processi produttivi rispettino gli standard di sostenibilità sociale e ambientale.

Il diritto internazionale privato, utilizzato, in passato, per garantire una sostanziale impunità ad imprese multinazionali responsabili di catastrofi socio-ambientali<sup>57</sup>, sta oggi cambiando ruolo. Attraverso l'adozione di criteri di collegamento adeguati, come l'articolo 7 del Regolamento c.d. "Roma II"<sup>58</sup>, diventa possibile far valere la responsabilità delle imprese con sede in Europa quando le decisioni assunte nelle proprie sedi – in piena consapevolezza dei rischi socio-ambientali – si ripercuotono sulla società e sull'ambiente dei Paesi del Sud globale in cui operano attraverso filiali o subappaltanti locali. L'applicazione di norme del diritto della sede europea dell'impresa – luogo in cui le decisioni che causano il danno sono assunte – consente di evitare che le comunità locali subiscano interamente le conseguenze dell'inadeguatezza del diritto sostanziale del Paese del Sud globale in cui l'attività è esternalizzata o subappaltata. Lungi dal garantire una giustizia puramente geografica, tale diritto, se applicato dall'autorità giudiziaria del Paese della sede europea<sup>59</sup> assicurerà una migliore valutazione della responsabilità dell'impresa nell'assunzione dei rischi socio-ambientali.

Chiarita l'illusorietà della presunta neutralità della disciplina e abbandonata l'idea del carattere squisitamente geografico della giustizia che essa cerca di assicurare, sfuma l'originaria presentazione del diritto internazionale privato come avulso dal diritto sostanziale di cui traccia i confini.

In questa concezione, il diritto internazionale privato può essere descritto come il mediatore di un inevitabile e proficuo dialogo tra gli ordinamenti giuridici, un linguaggio che deve darsi come obiettivo quello di facilitare la comunicazione transnazionale. Gli

---

<sup>56</sup> Si vedano le analisi dell'*Istituto di diritto europeo (ELI)* e in particolare i rapporti di *Robert Bray/Fausto Pocar*, *Ecocide*; *Yuri Biondi/Colin Haslam/Corrado Malberti*, *ELI Guidance on Company Capital and Financial Accounting contabilità finanziaria per la sostenibilità aziendale*; *GRIMHEDEN, WALLIS*, *Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies* (con il contributo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, FRA).

<sup>57</sup> La dottrina del *forum non conveniens* è stata ad esempio invocata per ottenere una declinatoria di competenza giurisdizionale da parte del giudice del domicilio del convenuto, l'impresa *Union Carbide*. In *Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986).

<sup>58</sup> Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II): "La legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da danno ambientale o da danni arrecati alle persone o ai beni per effetto di un tale danno è quella [del paese in cui il danno si verifica], a meno che la persona che chiede il risarcimento dei danni scelga di fondare le sue pretese sulla legge del paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato."

<sup>59</sup> Per effetto dell'art. 7, comma 2, Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

ordinamenti giuridici devono potersi affidare ai suoi strumenti per comunicare, scambiare informazioni, convalidare valori comuni e concepire le regole più efficaci per organizzare i conflitti privati e pubblici<sup>60</sup>.

## A) Il progresso giuridico tra differenze culturali e giustizia universale

Sebbene funzionale all'esercizio del potere d'imperio e della sovranità territoriale, l'idea che è "diritto" ciò che si trova espresso dall'autorità in un dato momento e luogo riduce il piano giuridico a uno dei tanti strumenti della politica di governo di un territorio. L'apologia delle leggi di Norimberga da parte di Carl Schmitt aveva già rivelato tutti i limiti di queste visioni superate<sup>61</sup> e rappresenta, paradossalmente, una conferma dell'universalità del sentimento di giustizia. L'antica intuizione secondo cui "*la verité doit avoir un visage pareil et universel*"<sup>62</sup> è un invito a nutrire il diritto, nell'attuale concezione positivista, di giusnaturalismo. La norma scritta mantiene la propria validità attraverso il confronto costante con il risultato sociale che produce. Il legame con l'esigenza di giustizia che il diritto è chiamato ad esprimere è una imprescindibile garanzia della pace sociale<sup>63</sup>. D'altra parte, il giusnaturalismo ha bisogno del positivismo, con le sue esigenze di certezza e stabilità della *norma agendi*, per svelare questo suo volto. Intendiamo per giusnaturalismo l'attenzione costante ai principi universali che la norma scritta esprime<sup>64</sup>.

Dando per scontato il *non liquet* della *disputatio* sull'opposizione tra diritto positivo e diritto naturale, o addirittura divino<sup>65</sup>, riprendiamo la dicotomia tra cultura giuridica – che può essere geograficamente circoscritta – e il sentimento di giustizia – che ha lo stesso carattere universale di ogni emozione umana – nel suo valore puramente descrittivo.

Da un lato, va notato che lo *ius proprium* è qualcosa che la persona *che appartiene alla comunità che ha emanato questa legge* "usa" nella sua vita quotidiana. Esso ordina la sua vita e i rituali che ne segnano i passaggi più significativi secondo le tradizioni e le abi-

<sup>60</sup> GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, in *Adipoche*, 2013, 351, esprime la speranza che il conflitto delle culture giuridiche possa essere risolto intorno ai diritti umani. Pur riconoscendo la fragilità su cui poggia questa speranza, l'autrice incoraggia a continuare a lavorare, instancabilmente e nonostante tutto, per raggiungere un ordine giuridico che rispetti la società umana.

<sup>61</sup> Per un commento alla descrizione delle leggi di Norimberga del 1935 come "*Die Verfassung der Freiheit*", in 40 *Deutsche Juristen-Zeitung* 1133 (1935) si vedano BLASIUŠ, "*Carl Schmitt: Preussischer Staatsrat In Hitlers Reich*", 10–14, 2001, 105 e GORDON and MITCHELL, "*Carl Schmitt and Ossip Flechtheim at Nuremberg: A Crossroads for International Justice and Intellectual History*" in *German Law Journal*, 2024, 597-634.

<sup>62</sup> DE MONTAIGNE, *Essais*, Livre II, 137-343v, (*exemplaire de Bordeaux*, 1595) Paris, 2008, 245.

<sup>63</sup> MASER, *Nuremberg: A Nation on Trial*, London, 1979, 177 riporta una considerazione di Hitler secondo cui il ruolo dei giudici consiste in "*serving the purposes of the State and not some more lofty concept of legality and justice*".

<sup>64</sup> FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari, 1998.

<sup>65</sup> MANCINI, *L'ethos dell'Occidente*, Genova, 1990.

tudini della società in cui vive<sup>66</sup>. D'altra parte, la legge prodotta dall'intelligenza umana è quella che permette di discernere il comportamento umano in base alla sua capacità di garantire relazioni pacifiche tra tutti gli uomini, indipendentemente dalla loro cultura. È l'idea di Celso della legge come *ars boni et aequi*<sup>67</sup>. È anche l'idea che ogni uomo, dentro di sé, coltiva un senso di giustizia che gli permette di valutare le proprie azioni e quelle degli altri<sup>68</sup>.

Il principio del *neminem laedere*, per venire a un esempio concreto, è metastorico e meta-geografico. Un bambino di qualsiasi cultura, di fronte a un'azione volontaria che provoca dolore fisico o psicologico ad altri, mostrerà empatia verso la vittima e vorrà vedere punito l'autore del comportamento antisociale, anche laddove la punizione del reo lo privi di un beneficio che altrimenti avrebbe<sup>69</sup>.

## **B) Una prospettiva diacronica dei diritti fondamentali per la ricerca di una pace sociale globale duratura**

Già alla fine del secolo scorso, si constatava l'“esplosione legislativa” di “tutti gli ordinamenti giuridici” contemporanei<sup>70</sup>. Questo fenomeno, tutt'ora in corso, comporta diversi rischi. In primo luogo, vi è una relazione inversa tra quantità e qualità della produzione normativa: non solo la meticolosità della normazione aumenta il rischio di errori nella qualità del testo normativo, ma accresce anche le possibilità di generare incoerenze e contraddizioni. Il progressivo allontanamento del diritto dai principi di giustizia cui dovrebbe restare legato, finisce per ridurlo a “sostanza normativa *sui generis* infusa in tutte le organizzazioni private e pubbliche da giuristi il cui numero e le cui specializzazioni sono in continuo aumento”<sup>71</sup>. Tra queste specializzazioni va segnalata quella dei giuristi impiegati da organizzazioni lobbistiche al fine di promuovere azioni giudiziarie strategiche che impongono una lettura ideologicamente orientata dei diritti fondamentali.

<sup>66</sup> ANCEL, *Éléments d'histoire de droit international privé*, Paris, 2017, 476.

<sup>67</sup> GALLO, “La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente”, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 631 s.

<sup>68</sup> Commentando la lettera di SENECA a LUCILIO n. 53 (*Epistulae morales ad Lucilium*) e in particolare la frase “*Perché nessun uomo confessa i suoi vizi? Perché è ancora schiavo di essi. Bisogna essere svegli per raccontare i propri sogni*”, DE MONTAIGNE (*Essais*, Libro III, capitolo 5, *exemplaire* 1595 di DE PERNON, Paris, 2008, 81) ci invita a cercare la giustizia in noi stessi piuttosto che nelle leggi umane – che possono essere scritte da “sciocchi”.

<sup>69</sup> Si veda, ad esempio, lo studio condotto da MENDES, STEINBEIS, BUENO-GUERRA, CALL, SINGER, “*Pre-school children and chimpanzees incur costs to watch punishment of antisocial others*”, in *Nature Human Behaviour*, 2, 2018, 45 s.

<sup>70</sup> RODOTÀ, “*Verso lo Stato costituzionale*”, in *L'indice*, 1993, 4, recensione del libro di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>71</sup> BELLEY, “*Droit et non-droit du gouvernement de soi: une conjonction démocratique?*”, in *Droit et société*, 1/2016 (n. 92), 245-252.

Questo tipo di evoluzione rischia di orientare l'attività giuridica verso un furbo "cavillare"<sup>72</sup> tra norme regolamentari, essenzialmente burocratiche anziché giuridiche. Nel momento in cui cercare il diritto equivale a "cacciare le mani in un caos di carte... come se si rimestasse grano in uno stajo"<sup>73</sup> occorre ripensare il sistema nel suo complesso. La proliferazione normativa può paradossalmente indebolire, anziché rafforzare, l'efficacia del sistema giuridico. Le grandi razionalizzazioni normative, la consolidazione giustiniana prima e la codificazione napoleonica, hanno rappresentato una risposta all'incertezza giuridica provocata dalla proliferazione di norme delle epoche che le hanno precedute.

Oggi, l'intrusività del diritto nelle vite quotidiane del corpo sociale fa pensare a una "inversione del rapporto tra morale e diritto"<sup>74</sup>. La ricerca di un'unità di valori attraverso azioni giudiziarie che mirino, sin dal primo grado di giudizio, ad attivare le Corti di Strasburgo o Lussemburgo, è una testimonianza della profonda crisi che il diritto internazionale e i diritti fondamentali della persona stanno attraversando.

Si pensi al fenomeno della surrogazione di maternità, pratica sanzionata in Italia da norme penali, recentemente potenziate<sup>75</sup>, e permessa in altri paesi europei come la Grecia o il Regno Unito. In questi ultimi paesi, l'uso di donne gestanti o donatrici di ovuli è rimesso alla libera disposizione delle persone che lo regolamentano attraverso la conclusione di un contratto, mentre nei primi è inibito a tutela della dignità della donna e dei figli nati da lei<sup>76</sup>.

In questo ambito, il diritto internazionale privato è al centro del dibattito, poiché questa disciplina offre la possibilità di utilizzare il diritto sviluppato da altri Stati per creare situazioni giuridiche che non esistono nel foro. Tuttavia, il ricorso al diritto straniero per aggirare il divieto di surrogazione di maternità pone l'utente del diritto in una situazione delicata perché rende difficile rispondere alla domanda: *qua lege vivis?* Que-

---

<sup>72</sup> JORI, PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 336: «Esiste per tutti i partecipanti alla vita giuridica un interesse predominante a "piegare" quanto più possibile le norme giuridiche a sostegno delle proprie posizioni se non proprio sempre dei propri interessi; questo atteggiamento tipicamente giuridico si chiama cavillare. In altre parole, a livello pragmatico il discorso giuridico è parte di un'impresa intrinsecamente conflittuale, gli interessi in conflitto prevalgono sull'interesse alla comunicazione». Si veda anche il monito di CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris 1996, 124 e segg. contro la proliferazione dei diritti soggettivi.

<sup>73</sup> Il testo evoca la descrizione dell'intervento del dottor Azzecagarbugli che offre Manzoni nel capitolo III dei Promessi Sposi.

<sup>74</sup> PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginevra, 2013, 211.

<sup>75</sup> Legge 4 novembre 2024, n. 169, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, il cui articolo 1 recita: «Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

<sup>76</sup> Corte costituzionale, 22 novembre 2017, n. 272 in fine.

sta domanda traduce l'esigenza di stabilire, nei rapporti transnazionali, a quale società una persona appartiene, e quale legge è giusto che regoli la relazione che ha con le altre persone.

Se l'accesso alla società straniera è solo temporaneo e strumentale al riconoscimento di un diritto – come nel caso del *law shopping* del diritto “permissivo” in materia di surrogazione di maternità – non vi è una reale integrazione sociale da tutelare. Il rifiuto della proibizione giuridica stabilito da una norma che la società di appartenenza considera fondamentale ha generato odiose forme di ostracismo, come la condanna penale per il reato di alterazione di status, il non riconoscimento del figlio, o addirittura il suo collocamento<sup>77</sup>.

I dubbi sulla natura culturale (*ius proprium*) o razionale (*idem apud omnes*) delle norme che dovrebbero disciplinare la surrogazione di maternità rendono problematico il suo trattamento a livello internazionale senza cadere nell'ideologia. Proprio dell'ideologia sembra del resto essere vittima la nozione di “interesse superiore del minore” a fronte delle diverse conclusioni a cui pervengono coloro che hanno cercato di applicare il principio a bambini e bambine nate da maternità surrogata<sup>78</sup>. Questa discrasia genera un conflitto di leggi che il diritto internazionale privato non può risolvere prima che si sia compresa l'evoluzione giuridica in atto. Invocando la necessità di tutelare l'ordine pubblico internazionale – ossia la necessità di proteggere il tessuto sociale interno – paesi come l'Italia e la Spagna si sono rifiutati di trascrivere nei propri registri di stato civile la certificazione dello stato di figlio o figlia per bambini fatti nascere dando esecuzione a contratti con donatori di gameti e madri surrogate<sup>79</sup>.

Queste reazioni alla creazione di un sistema giuridico globalmente coerente dimostrano che la costruzione di una società cosmopolita e armonica non può essere il risultato della sola pressione delle norme sovranazionali sulle norme nazionali<sup>80</sup>. Valorizzan-

---

<sup>77</sup> Comp. BOLLÉE, “*La gestation pour autrui en droit international privé*”, in *Trav. Com. fr. DIP*, 2012-2014, 215 s. ritiene che il ricorso a strumenti dissuasivi tuteli la coerenza dell'ordinamento giuridico interno. THOMALE, *Mietmuttertschaft Eine international-privatrechtliche Kritik*, 2015, 124 evidenzia il problema del rispetto del principio democratico.

<sup>78</sup> Secondo Corte costituzionale, 22 novembre 2017, n. 272: “la verità biologica della procreazione costituisce, infatti, una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, dovendo essergli garantito il diritto alla propria identità e all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico”. Si vedano, ad esempio, le conclusioni di ROTABI, MAPP, CHENEY, *et al.*, *Regulating Commercial Global Surrogacy: The Best Interests of the Child*, in *J. Hum. Rights Soc. Work*, 2017, 64-73; ZAMPERINI, *Establishing Parenthood through Adoption and Surrogacy: A Test Case for the ECtHR Use of the Best Interests of the Child Principle*, in *Family & Law*, 2024.

<sup>79</sup> Corte di cassazione, 30 dicembre 2022, n. 38162: “L'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna” e del bambino. Si veda ora Cass. 3 gennaio 2024, n. 85 e Tribunale Supremo, 9 dicembre 2024.

<sup>80</sup> LEQUETTE, “*Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*”,

do l'idea che sta alla base del principio di sussidiarietà, si può cercare un altro equilibrio tra il piano sovranazionale e quello nazionale.

Nella sua versione originaria, il principio di sussidiarietà stabilisce che la società che si trova in posizione superiore deve astenersi dall'esercitare il proprio potere su questioni che possono essere risolte a un livello sociale inferiore. In luogo di approfittare della sua posizione di dominio per limitare i poteri della società inferiore, privandola delle sue competenze, la società di ordine superiore può sostenerla in caso di necessità, per aiutarla a coordinare la sua azione con quella di altre società dello stesso ordine, in vista del raggiungimento del bene comune<sup>81</sup>. Il punto di partenza non è l'incapacità

---

in *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 246, 231, dubita che le comunità nazionali riescano a fondersi nella società internazionale grazie alla costruzione giuridica di una società cosmopolita sotto la pressione delle convenzioni internazionali. Sul rapporto tra diritto uniforme europeo e diritto internazionale privato europeo, si veda anche GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato", PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 61 e ss. Il rischio percepito è quello di nuove forme di guerre religiose, come anticipato da HUNTINGTON, "The clash of civilizations?", in *Foreign Affairs*, vol. 72, n. 3, 1993, 22 s. e online: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/1993-06-01/clash-civilizations> (27.12.2016). Il numero 4/2015 di *Questione Giustizia* è dedicato all'importanza del pluralismo, nel pensiero e nel diritto, con contributi di RORDORF, NATALE, VILLONE, ROMAGNOLI, PELISSERO, GRANDE, NICCOLAI, PIANA, MORLINO, PALOMBARINI, VIGLIETTA sul "valore di pluralismo" e sul "valore del dissenso". Per una critica alla distinzione tra diritto internazionale privato e pubblico si veda ROMANO, *Droit international dit « privé » et droit international dit « public » : Plaidoyer pour une théorie unitaire, et humanisée, du droit international*, Conférence inaugurale du cycle de conférences des Ami-e-s de l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, Lausanne, 4 février 2021, p. 1-11.

<sup>81</sup> Il principio di sussidiarietà trae origine da un principio della dottrina sociale della Chiesa cattolica, espresso nell'enciclica *Quadragesimo anno* di Pio XI (15 maggio 1931): " 80. È vero certamente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche delle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle. Perciò è necessario che l'autorità suprema dello stato, rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta; e allora essa potrà eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei solo spettano, perché essa sola può compierle; di direzione cioè, di vigilanza di incitamento, di repressione, a seconda dei casi e delle necessità. Si persuadano dunque fermamente gli uomini di governo, che quanto più perfettamente sarà mantenuto l'ordine gerarchico tra le diverse associazioni, conforme al principio della funzione suppletiva dell'attività sociale, tanto più forte riuscirà l'autorità e la potenza sociale, e perciò anche più felice e più prospera la condizione dello Stato stesso". Questo principio era già stato stabilito nella enciclica *Rerum Novarum* (15 maggio 1891), che mirava a proteggere l'autodeterminazione delle famiglie dalle interferenze dello Stato, come baluardo contro le concezioni ideologiche diffuse dal movimento comunista.

delle società inferiori, come sembra invece apparire dai considerando che giustificano l'adozione dei regolamenti europei di diritto internazionale privato<sup>82</sup>. Si tratta piuttosto di riconoscere che spetta all'autorità più vicina ai cittadini garantire la pace sociale nella comunità che essi formano, e che anche i cittadini stessi dovrebbero essere in grado di organizzare la propria *forma di vita* se ne sono capaci.

Trasposto al nostro campo, questo principio indica che l'equilibrio tra la coesione dell'ordine interno e l'armonia internazionale è in continua tensione ed evoluzione.

Ogni società reclama un progresso culturale per il proprio ordinamento. Dal momento che le diversità culturali non sono scolpite nella pietra ma sono in piena evoluzione, occorre allora valorizzare questo potenziale evolutivo ed evidenziarne le caratteristiche universali. I movimenti femministi, sia pure nelle diversità culturali che li caratterizzano, testimoniano di questa comune tensione – transnazionale – verso un progresso giuridico che garantisca maggiori spazi all'azione pubblica ed economica delle donne. In Iran il progresso giuridico ricercato risponde oggi alla richiesta corale di abolizione giuridica dell'obbligo di portare il velo: una lotta che ha causato ingenti perdite umane al movimento “Donna, vita, libertà”<sup>83</sup>. Altri paesi, come la Francia, hanno accolto l'istanza di una parte del movimento femminista e si sono dotate di norme che hanno l'obiettivo di eradicare la prostituzione confinandola a epoche passate. Si comprende anche alla luce del principio evocato la decisione della Corte di Strasburgo di non usare la posizione di supremazia che le attribuisce il protocollo n. 11 per limitare l'evoluzione giuridica ricercata dalla Francia<sup>84</sup>. In luogo di prendere posizione a favore dei movimenti – pure femministi – che avevano provocato la decisione quale parte di un piano dichiaratamente strategico<sup>85</sup>, la Corte resta in una posizione di attesa dei futuri sviluppi.

---

<sup>82</sup> Ad esempio il considerando 80 del regolamento UE 650/2012 sulle successioni, sulla scorta dei precedenti, recita: “Poiché gli obiettivi del presente regolamento, vale a dire la libera circolazione delle persone, l'organizzazione anticipata da parte dei cittadini europei della loro successione in un contesto europeo, e la protezione dei diritti degli eredi e dei legatari, e delle persone vicine al defunto nonché dei creditori della successione, non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti del regolamento, essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo”.

<sup>83</sup> Secondo quanto riportato dall'ISPI “6 grafici per capire le proteste in Iran” il 6 marzo 2023, sarebbero “530 i morti fra i manifestanti – di cui 71 bambini– mentre più di 19 mila sarebbero stati arrestati”. <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/5-grafici-capire-le-proteste-iran-36790>. Sul tema dell'evoluzione giuridica dei diritti delle donne sia lecito rinviare al saggio “*The Consequences of Violence against Women and Children in Armed Conflicts for their Intangible Cultural Heritage*” in MASTANDREA BONAVIRI, SADOWSKI (eds.) *Heritage in War and Peace II Spaces of Conflict, Spaces of Justice, Between Natural Landscapes and Cityscapes*, Springer, 2024, 471-490.

<sup>84</sup> CEDU, 25 luglio 2024, *M.A. et autres c/ France*, n° 63664/19.

<sup>85</sup> Si tratta di 56 associazioni, tra cui *Planning Familial*, *Inter-LGBT* e *Open Society* che promuovono l'inquadramento della prostituzione come “lavoro”.

Il rispetto del principio di sussidiarietà, così inteso, consente di scongiurare i rischi di imperialismo culturale e di adottare una concezione realmente universalista dei diritti fondamentali delle persone<sup>86</sup>. Donne e uomini si sono immolati in Iran nella speranza che le future generazioni di donne iraniane potessero vivere obbedendo a norme giuridiche diverse da quelle che le hanno oppresse. Se le future generazioni in Francia considereranno l'abolizione della prostituzione allo stesso modo in cui oggi pensiamo l'abolizione della tortura, la generazione attuale avrà fatto la sua parte.

Questo significa leggere il passato e il presente, nelle sue varie declinazioni culturali, in funzione di auspicabili obiettivi futuri, per quanto irrealizzabili essi ci appaiano oggi.

Il discernimento è oggi reso problematico dalla complessità delle richieste sociali, unita alla inevitabile incoerenza della corposa normazione di fonte eterogenea con cui il giurista si deve confrontare. Ciò premesso, al di là dei piani ideologico e tecnico, vale la pena ricordare che la scienza del diritto “opera in mezzo alla storia, tra emozioni e sentimenti, slanci generosi e ripiegamenti egoistici, competizioni e interessi contrapposti”<sup>87</sup>, restando comunque fedele all'obiettivo di cavare la razionalità dall'esistente.

Interpretando il carattere universale dei diritti fondamentali in chiave diacronica, in luogo di fissarli in un presente inafferrabile, si può cercare di cogliere il progresso giuridico in questa comune tensione verso una pace e armonia sociale globali. L'universalità dei diritti fondamentali per l'umanità nel suo complesso si costruisce rispettando il delicato equilibrio tra il piano superiore e quelli locali, riconoscendo a ogni comunità lo spazio di evoluzione necessario per una pace internazionale duratura. Nel fosco contesto attuale, la sfida del giurista è quella di saper cogliere, e discernere, valori comuni che liberino l'orizzonte per alleggerire le generazioni future.

---

<sup>86</sup> ESPOSITO, “*La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 227: “*La giurisprudenza elaborata dagli organi di tutela di Strasburgo ha, invero, creato un patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso diritto della libertà*”.

<sup>87</sup> CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962.



### Requiem per la Fondazione Italia Sociale



*Maria Vita De Giorgi*

Prof. onoraria dell'Università di Ferrara

*Aldo Laudonio*

Prof. ass. dell'Università "Magna Grecia" di Catanzaro

La vecchia – renziana – legge 106/2016 (*Delega al Governo per la riforma del Terzo settore*) intessuta delle suggestive parole che ispirano il linguaggio legislativo sul terzo settore introduceva, nel vasto art. 10, la Fondazione Italia Sociale, il cui scopo – disegnato nel primo comma – consisteva nel “sostenere, mediante l’apporto di risorse finanziarie e di competenze gestionali, la realizzazione e lo sviluppo di interventi innovativi da parte di enti del Terzo settore, caratterizzati dalla produzione di beni e servizi con un elevato impatto sociale e occupazionale e rivolti, in particolare, territori e ai soggetti maggiormente svantaggiati...”. Inutile trascrivere qui l’intero testo della norma, facilmente reperibile *on line*, ma chi abbia voglia di rileggerla noterà che la Fondazione doveva svolgere le proprie funzioni “senza obbligo di conservazione del patrimonio” e purtuttavia operando nel rispetto dei “principi di efficacia, efficienza, trasparenza ed economicità” (art. 10, commi 1° e 5°, l. 106/2016). Specialmente quest’ultima istanza (ben nota alla riflessione giuscommercialistica, dal momento che campeggia in due disposizioni fondamentali: gli artt. 2082 e 2247 c.c.) avrebbe imposto di programmare l’attività in modo tale da garantire un equilibrio dinamico e sostenibile dei costi rispetto ai ricavi, certo non in un’ottica erogativa, quale quella suggerita dall’esonero dell’obbligo di conservazione del patrimonio, poi comunque non ripetuto nello statuto<sup>1</sup>.

Ad ogni modo, lo statuto della Fondazione doveva essere approvato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti i Ministri del lavoro e delle politiche sociali e dell’economia e delle finanze ecc. (4°

---

<sup>1</sup> Ed anzi in certa misura contraddetto dal richiamo al “rispetto del principio di salvaguardia dell’equilibrio economico-finanziario della Fondazione”, presente nell’art. 1, comma 4° dello statuto con riguardo alla possibilità di istituire “delegazioni ed uffici”.

comma). Per lo svolgimento delle attività istituzionali era assegnata alla Fondazione una dotazione iniziale, per l'anno 2016, di un milione di euro (7° comma).

Lo statuto (costituito da diciannove estese norme) è stato effettivamente approvato con Decreto del Presidente della Repubblica in data 28 luglio 2017. Stando all'art. 1, comma 2°, la Fondazione è una persona giuridica privata, a durata illimitata, che “risponde ai principi e allo schema giuridico della fondazione di partecipazione<sup>2</sup>, non ha scopo di lucro ed è dotata di autonomia statutaria e gestionale”. Con il Decreto ministeriale del 21 dicembre 2017 sono stati nominati i componenti del Comitato di gestione in rappresentanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, della Presidenza del Consiglio dei ministri e del Ministero dell'economia e delle finanze; con il Decreto ministeriale n. 105 del 8 agosto 2018 è stato altresì nominato il componente in rappresentanza del Consiglio nazionale del Terzo Settore.

Non è ragione di particolare meraviglia – grazie al copioso numero delle fondazioni legali cui il legislatore ci ha gradualmente assuefatti, per non dire rassegnati<sup>3</sup> – che la Fondazione, definita persona giuridica privata, fosse istituita (e, come vedremo, estinta) con legge, svolgesse funzioni pubblicistiche, godesse di una generosa dotazione iniziale elargita dallo Stato, avesse un comitato di gestione nominato da diversi ministeri e dal Consiglio nazionale del Terzo settore (oltre che da partecipanti privati), fosse vigilata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e controllata dalla Corte dei Conti (art. 4 dello statuto).

L'istituto – che ha ovviamente incentivato le note considerazioni sui mobili confini tra pubblico e privato – è stato salutato con grande favore<sup>4</sup>.

Anche alcune norme del Codice del Terzo settore vi fanno riferimento: l'art. 9 CTS prevede (per meglio dire prevedeva, anche se la norma non è stata ancora modificata) che in caso di estinzione o scioglimento, il patrimonio residuo dell'ente fosse devoluto, salva diversa destinazione imposta dalla legge, ad altri enti del Terzo settore o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale<sup>5</sup>. Una disposizione simile è (era) presente per le im-

---

<sup>2</sup> Su questa figura v., per tutti, SICCHIERO (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2024.

<sup>3</sup> Cfr., per ogni rif. di dottrina e giur. anche della Corte cost., DE GIORGI - LAUDONIO, *Commento agli artt. 11-42-bis*, nel *Comm. al cod. civ. Cian Trabucchi*, 16° ed., a cura di CIAN, Padova, 2024, 50 ss.

<sup>4</sup> V., ad esempio, DE GÖTZEN, *La Fondazione Italia Sociale nel sistema pubblicistico di vigilanza e di promozione del Terzo Settore*, <https://www.federalismi.it> (n. 13 del 208); SALVATORI, *La Fondazione Italia Sociale nell'evoluzione storico-concettuale del terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, a cura di FICI, Napoli, 2018, 391 ss.

<sup>5</sup> Il venir meno della Fondazione fa sorgere il legittimo interrogativo in merito alla destinazione del patrimonio residuo per gli ETS che non abbiano specificato (statutariamente o a mezzo di delibera dell'organo competente) a quali altri enti analoghi devolverlo: invero, l'art. 9 CTS continua ad indicare la Fondazione come beneficiario “di ultima istanza”, né altri enti od amministrazioni possono subentrare in tale ruolo in mancanza di una modifica normativa. Pertanto, è da escludersi che la Fondazione ONC (art. 64 CTS) o le reti associative (art. 41 CTS) possano allo stato “surrogarsi” alla Fondazione Italia Sociale, pur realizzando settorialmente talune delle attività ad essa affidate

prese sociali (che non siano cooperative sociali): in caso di perdita della qualifica per via di irregolarità non sanabili o non sanate o all'esito di liquidazione coatta amministrativa, il patrimonio residuo "è devoluto o al fondo istituito ai sensi dell'articolo 16 dall'ente o dall'associazione cui l'impresa sociale aderisce o, in mancanza, dalla Fondazione Italia Sociale..." (artt. 14, comma 5°, 15, comma 8° e 16 d.lgs. 112/2017)<sup>6</sup>.

La durata della Fondazione era "illimitata" (art. 1, comma 2° dello statuto) ma lo statuto ne prevedeva l'estinzione e la liquidazione con un fraseggio comune agli enti privati<sup>7</sup>.

Da quanto è dato ricavare dalla lettura dei bilanci e dalle relative note integrative, nonché dalle relazioni alle Camere, pare che dopo una problematica fase di avvio a causa della nota pandemia da Covid-19, l'ente avesse intrapreso una serie di iniziative (per lo più attività di ricerca e didattico-divulgative) e partecipato ad un bando europeo. La Fondazione era altresì significativamente impegnata nella partecipazione a due ulteriori fondazioni, la Donor Italia<sup>8</sup> e la Lotteria Filantropica Italia<sup>9</sup>.

---

a sostegno dei propri aderenti e ricevendo variamente da essi contributi per la propria esistenza.

<sup>6</sup> Peraltro, sulla complessa e diversificata disciplina rispetto all'ordinaria devoluzione del patrimonio delle imprese sociali in caso di scioglimento o di rinuncia volontaria alla qualifica (nonché rispetto agli altri ETS), v. DE GIORGI - LAUDONIO, *Le persone giuridiche – Vicende estintive e modificative*, II, 3ª ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2020, 671 ss.

<sup>7</sup> "Art. 16 (*Scioglimento*) 1. La Fondazione si estingue nei casi previsti dal Codice civile. Lo scioglimento è deliberato dal Comitato di Gestione con il voto di due terzi dei membri in carica, previo parere non vincolante del Collegio dei Partecipanti e previo parere vincolante del Ministero vigilante. 2. Con la delibera di estinzione della Fondazione, il Comitato di Gestione provvede alla nomina di uno o più liquidatori, che potranno anche essere scelti fra i suoi membri. Durante la fase di liquidazione resta in carica l'Organo di Revisione. 3. Al termine della fase di liquidazione, nei limiti del patrimonio residuo, la Fondazione verserà allo Stato il contributo iniziale ricevuto ai sensi dell'art. 10, comma 7, della legge n. 106 del 2016 e, in subordine, devolverà il patrimonio residuo ad altri enti senza scopo di lucro, individuati dal Comitato di Gestione, salvo, in ogni caso, diversa destinazione imposta dalla legge".

<sup>8</sup> La fondazione, ora ridenominata "Fondo filantropico italiano", riferisce nel proprio sito internet (<https://fondofilantropicoitaliano.it/>) di essere nata "su iniziativa di Dynamo Academy Impresa Sociale e Fondazione Vita, e di imprenditori e professionisti che credono che l'impegno individuale possa generare benessere sociale nel Paese". Il bilancio dell'esercizio 2021 – ma simile ricostruzione si ritrova anche in quelli successivi disponibili – riporta tuttavia che "Donor Italia nasce nel 2017 come Fondazione Lang Europe Onlus. Nel maggio 2020 viene ripatrimonializzata [con un contributo di 100.000 €: n.d.a.] da Fondazione Italia Sociale, che ne diventa unico socio fondatore, ne modifica la denominazione in Fondazione Donor Italia Onlus e sposta la sede legale da Genova a Milano, presso la stessa sede di Fondazione Italia Sociale".

<sup>9</sup> Sulla vicenda di questa fondazione, si veda efficacemente: C. MAZZINI, *Una lotteria per pochi intimi*, 2024, disponibile sul sito <http://www.quinonprofit.it>. Si trattava di ente filantropico iscritto al RUNTS che ha preso l'avvio nel febbraio 2023, previa autorizzazione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli. Il titolo per partecipare alla lotteria da esso gestita veniva attribuito donando un importo non inferiore a 500 Euro. Il vincitore avrebbe avuto il privilegio di scegliere e intitolare a suo nome uno dei progetti filantropici proposti dalla Fondazione.

Nel settembre 2023 l'Agenzia delle dogane e dei monopoli ha informato che i sottoscrittori erano stati soltanto sei, per un totale raccolto pari a 3.000 euro. La Fondazione Lotteria Filantropica

Dal momento in cui, però, è scaduto il primo mandato dei componenti il comitato di gestione<sup>10</sup>, l'operatività sembra arrestarsi, benché i medesimi fossero – come ordinariamente accade in casi analoghi – legittimati ad operare in regime di *prorogatio*.

In effetti, la maggior parte dei componenti il comitato di gestione (sei su dieci) avrebbe dovuto essere eletta dai partecipanti privati e la mancata nomina (o il mancato rinnovo) di quelli scaturiti dalla volontà ministeriale, nonché di quello indicato dal Consiglio nazionale del Terzo settore, non era contemplata quale causa di scioglimento della Fondazione, né ne impediva il funzionamento, sino a renderlo oggettivamente impossibile<sup>11</sup>. E ciò a maggior ragione, se solo si rammenta che la Fondazione era stata a più riprese qualificata come “persona giuridica privata”.

Ciononostante, nella nota integrativa all'ultimo bilancio approvato (quello relativo all'esercizio 2023) si legge che il Comitato di gestione ha avviato l'*iter* dissolutivo “a seguito del prolungato periodo di *prorogatio* dell'organo di governo, motivato dalla mancata nomina dei membri del Comitato di gestione di competenza governativa. La *prorogatio* ha determinato di fatto una paralisi delle attività anche dovuta al progressivo distanziamento della componente privata che, a fronte dell'incertezza istituzionale, non ha rinnovato la propria adesione alla Fondazione”.

Non è del tutto chiaro quali siano state le ragioni di queste defezioni, che hanno determinato altresì il venir meno del sostentamento economico della Fondazione, sostentamento che, ad ogni buon conto, doveva essere improntato al “rispetto del principio di prevalenza dell'impiego di risorse provenienti da soggetti privati” (art. 10, comma 1°, l. 106/2016) e non basato su trasferimenti periodici a carico del bilancio statale, non previsti.

E così, qualche mese fa il materno legislatore, riacquisita memoria della sua creatura, ha frettolosamente deciso di sopprimerla: la legge 4 luglio 2024, n. 104, (*Disposizioni in materia di politiche sociali e di enti del Terzo settore*) – oltre a disposizioni di vario genere, tra cui l'istituzione della “Giornata dell'ascolto del minore” – prevede, nel lapidario art. 6, l'“Estinzione della Fondazione Italia sociale”<sup>12</sup>.

---

Italia, riconoscendo che si trattava di “ammontare irrisorio tale da non poter seguito al sostegno delle progettualità in favore degli enti del Terzo settore” ha restituito le somme ai sei sottoscrittori e risulta in via di liquidazione.

<sup>10</sup> Termine simmetricamente collegato all'approvazione del bilancio relativo al quarto esercizio successivo alla costituzione del comitato di gestione per i componenti di estrazione “pubblica” dall'art. 2 D.m. 21 dicembre 2017 e per quelli di estrazione “privata” dall'art. 19, comma 2° dello statuto della Fondazione Italia Sociale.

<sup>11</sup> Come richiederebbe l'art. 27 c.c., il quale, a differenza del più articolato diritto delle società di capitali, non distingue tra un'impossibilità intrinseca o una estrinseca di conseguimento dell'oggetto: sul punto si rinvia a DE GIORGI - LAUDONIO, *Le persone giuridiche*, cit., 601 ss.

<sup>12</sup> “1. L'articolo 10 della legge 6 giugno 2016, n. 106, è abrogato. 2. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, la Fondazione Italia sociale è estinta e liquidata, con la procedura prevista dall'articolo 16 dello statuto di cui all'allegato annesso al decreto del Presidente della Repubblica 28 luglio 2017, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 211 del 9 settembre 2017”.

A fronte delle tante parole spese per accompagnarne l'apparizione nella realtà giuridica, neanche una per spiegarne la scomparsa<sup>13</sup>, con buona pace dell'istanza di trasparenza, che si affaccia più volte dal CTS e dallo stesso statuto della Fondazione (art. 1, comma 3°). Forse un "vecchio" decreto prefettizio di estinzione avrebbe detto qualcosa in più, ma un legislatore non deve certo spiegarsi.

Chi scrive non ha ovviamente gli strumenti per comprendere le ragioni di questa fulminea liquidazione dopo sette anni di attività della Fondazione, né sente di doversene particolarmente dolere. Si meraviglia tuttavia che non vi siano stati numerosi necrologi di un ente così festeggiato alla nascita, ma solo sbrigative menzioni della sua dipartita<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Come accadde in passato per la soppressione dell'Agenzia per il terzo settore (già Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale – ONLUS), effettuata per decreto-legge: art. 8, comma 23°, d.l. 16/2012.

<sup>14</sup> Almeno fino ad oggi: 9/11/2024.