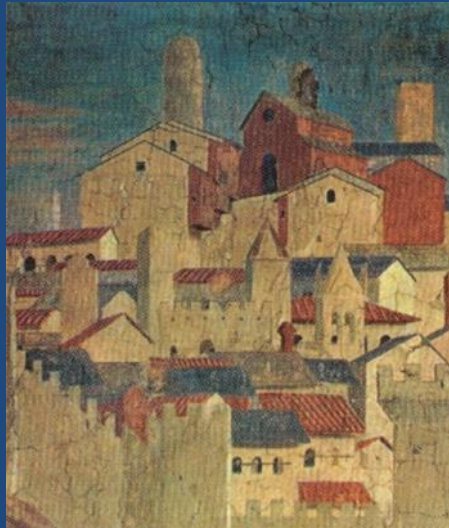


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2012 - Numero 4

Saggi

Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di giustizia: note sparse sui casi *content services* e *ebookers.com* alla luce della direttiva 2011/83/UE, di Stefano Pagliantini..... p. 225

I contratti per l'impresa fra tipi e clausole generali, di Giuseppe Vettori p. 231

Materiali e commenti

Il trasferimento generazionale dell'impresa e gli interessi del nucleo familiare: contributo alla riflessione sull'attualità del principio di riserva di una quota, di Romina Alberti p. 242

Le regole di interpretazione del contratto tra derogabilità e principio dispositivo. A proposito di un convegno senese, di Antonio Musto p. 261

Attualità

Il problema della responsabilità politica nelle 'reti di regolatori' indipendenti del mercato, di Filippo Zatti p. 275

L'enciclica *caritas in veritate* e la cultura d'impresa nell'economia di mercato, di Andrea Bucelli e Filippo Zatti p. 282

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.

Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.

E-mail: info@personaemercato.it

Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Romina Alberti; Andrea Bucelli; Antonio Musto; Stefano Pagliantini; Giuseppe Vettori; Filippo Zatti.



NEOFORMALISMO E TRASPARENZA SECONDO IL CANONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: NOTE SPARSE SUI CASI *CONTENT SERVICES* E *EBOOKERS.COM* ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2011/83/UE.

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Spunti introduttivi: due quaestiones. - 2. Il potere del professionista su di una pagina web e la costitutiva inaffidabilità dell'informazione. - 3. Presunzione di consenso tacito per omessa opposizione?

1. Spunti introduttivi: due quaestiones.

Recita l'art. 6, § 5 della direttiva 2011/83/UE che le informazioni fornite dal professionista sono «parte integrante» del contratto e non possono venire modificate «se non con l'accordo espresso delle parti». La ragione di ciò è semplice e tutta rinserrata nella constatazione che il consumatore, negoziante a distanza o fuori dei locali commerciali, fonda di solito la propria decisione commerciale sulle informazioni precontrattuali, fornite dal professionista o da un suo ausiliario, e non sul testo di un regolamento predisposto, spesso per di più non letto con la dovuta attenzione. Di conseguenza, un'eventuale modifica dell'informazione, che il professionista dovesse effettuare unilateralmente in sede di confezione del documento contrattuale, verrebbe, in realtà, a falsare l'affidamento ragionevole del consumatore.

Senonché, quand'è che un'informazione, seppur immutabile, può dirsi trasmessa? Nella sentenza *Content Services*,¹ in attesa che la proposta di regolamento in tema di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel

mercato interno (COM 2012, 238 def) si consolidi in un testo definitivo, si offre un primo saggio dei molti problemi che si agitano intorno alla definizione delle modalità che sovrintendono al corretto adempimento dell'obbligo informativo di legge.

Ma non è solo questo il problema che agita il comparto dei rapporti a distanza tra professionista e consumatore. Non meno interessante è infatti una seconda questione, per molto tempo non compulsata a dovere dalla dottrina.

Secondo l'AGCM, nell'adunanza dell'8 agosto 2012, è ingannevole infatti la pratica di imputare al consumatore il costo di servizi opzionali mediante una casella, preconstituita automaticamente, da spuntare in caso di rifiuto. Ogni sistema di preselezione automatica di un servizio finisce, a giudizio dell'Autorità, per ingenerare nel consumatore il dubbio sulla obbligatorietà o facoltatività della prestazione offerta. Donde il rischio ch'egli s'accogli un costo non assunto consapevolmente. Insomma, è un problema di chiarezza e trasparenza dell'informazione.

Senonché l'interrogativo da sciogliere è se questa versione rivisitata di un silenzio assenso ingannevole esiti in un vizio del vincolo contrattuale o nella mera ripetibilità del *surplus* versato. Proble-

¹ V. C. giust. UE, 5 luglio 2012, causa C-49/11, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*. Giudice a quo l'Oberlandesgericht di Vienna.

matica su cui la Corte di giustizia², pur ragionando in termini di effettività della tutela consumerista, non si pronuncia *funditus*. E di qui l'esigenza di discuterne. Per di più l'art. 23 del regolamento CE n. 1008/2008, che in materia di trasporto aereo vieta il meccanismo di preliezione con onere di rifiuto, testualmente riguarda i soli supplementi di prezzo, non anche i servizi accessori. Quindi una regola generale, includente tutte le variabili incidenti sul prezzo della prestazione principale, o di *species*? In un contesto siffatto, torna utile evidenziare che l'art. 60 del codice delle comunicazioni elettroniche, con estremo nitore, fa obbligo alle imprese fornitrici del servizio universale di definire le condizioni e le modalità di somministrazione onde evitare che l'abbonato sia poi costretto a pagare per prestazioni o servizi che non sono necessari o che non risultino indispensabili per il *quid* richiesto (ed erogato). L'articolo, rubricato 'controllo delle spese', formalizza insomma un divieto generale del sistema di *opt out*.

Il quadro che si delinea è così quello di una situazione piuttosto ingarbugliata: sicché è meglio procedere con ordine.

2. Il potere del professionista su di una pagina web e la costitutiva inaffidabilità dell'informazione.

Sic stantibus rebus, sono informazioni su supporto durevole quelle disponibili sul sito del venditore ed accessibili con un *clic* su di un *link* mostrato all'atto della stipula del contratto? Quando infatti si fa questione di un contratto stipulato a distanza, oltre a ricevere le informazioni obbligatorie prima della conclusione (art. 4 dir. 97/7/CE), il consumatore ha diritto ad avere conferma per iscritto o, a sua scelta, su di un altro supporto duraturo, di tutta l'informativa in precedenza trasmessagli «prima od al momento della esecuzione del contratto» (art. 5 dir. 97/7/CE). Nel diritto italiano, riproducendo questa normativa, provvedono al medesimo scopo, gli artt. 52, c. 1, ll. a-l. e 53, c. 1 c. cons. mentre, se si scorrono gli artt. 7, § 4, lett. b) e 8, § 7, lett. a) della direttiva 2011/833, contemplante la nuova disciplina (anche) dei contratti a distanza, ci si avvede che, rispetto a questo specifico profilo, poco o nulla risulta mutato⁴.

2 V. C. giust. UE, 19 luglio 2012, causa C-112/11, *Ebooks.com Deutschland GmbH*.

3 Che solo in apparenza, lo si vedrà, può scambiarsi per una miscellanea a tutela del consumatore.

4 V., in luogo di tanti, S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 861 ss.; G.

Orbene, nel caso deciso dalla Corte di giustizia⁵, il problema verteva sulla pratica commerciale, adottata da una società fornitrice di *software*, di includere le informazioni di cui all'art. 5 della direttiva 97/7 in un collegamento in seno ad un testo che il consumatore doveva «contrassegnare come letto, con l'apposizione di un segno di spunta, per aderire al rapporto contrattuale»⁶. Una pratica che la Corte condivisibilmente sanziona in quanto se è vero che una specifica *conferma* scritta ulteriore delle informazioni obbligatorie non è edittalmente necessaria allorché queste siano già state «fornite» al consumatore «prima della conclusione del contratto» (art. 5, § 1), è altrettanto vero che, in tal caso, il *quid* informativo dev'essere ricevuto dal consumatore per iscritto o su di altro supporto duraturo. E, va da sé, se l'informazione di legge è disponibile solo accedendo ad un *link* contiguo -e per di più succedaneo- alla casella di spunta ai fini dell'accettazione, a fare difetto è il requisito della ricevibilità. Quella ricevibilità su cui insiste anche la direttiva 2011/83, se il *fornire* (art. 8, § 7) è indice di una attività di informazione *tradita* da un soggetto ad un altro⁷.

Ma, a destare interesse, in un contesto siffatto, non è tanto la circostanza che il far visualizzare un *set* di dati non equivalga a trasmetterli *automaticamente*, con l'avverbio ad indicare un possesso dell'informazione transitata nella sfera giuridica del consumatore senza alcun *facere* di complemento. Quel che, nell'economia della sentenza, ha ben più rilievo è la categorica esclusione, dal novero delle figure esemplificanti un supporto durevole, di un sito *web*. Per conseguenza, e proprio a motivo del *decisum de quo*, assimilabile con tutta probabilità ad un supporto duraturo soltanto nel caso -per fare un esempio- di un *link* che rinvii ad un *pdf* firmato digitalmente e scaricabile dal consumatore, l'una e l'altra condizione valendo invero a sottrarre la pagina *web* da eventuali modifiche del gestore. È vero

DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto 2011*, a cura di Roppo e D'Angelo, Torino, 2012, 30 ss.; M. LEHMANN - A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 435 ss. e, per chi lo voglia, S. 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, II, 331 - 334.

5 V. C. giust. UE, 5 luglio 2012, causa C-49/11, cit.

6 Così *Conclusioni* dell'avvocato generale Mengozzi, § 13.

7 V. L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 697 s. In giurisprudenza, v. T.A.R., Lombardia, 5 aprile 2012, n. 1009, in *Foro amm. TAR.*, 2012, 1132, sulle informazioni che il consumatore deve *ricevere* e sulla conformità dell'art. 9.5 del codice di condotta commerciale, per le imprese relative alla fornitura di energia elettrica e gas naturale, all'art. 52 c. cons.





che il recente disposto dell'art. 34 della legge 24.3.2012, n. 27 -quanto all'obbligo degli intermediari del ramo assicurativo r.c. auto di informare il cliente sulla tariffa e sulle altre condizioni contrattuali proposte da almeno tre diverse compagnie assicurative- qualifica come utili a tale scopo anche le informazioni «obbligatoriamente pubblicate dalle imprese di assicurazione sui [loro] siti internet»: ma è dato credere che il disposto *de quo* sia da leggere nel modo in cui la Corte di giustizia, in una sentenza fin troppo negletta⁸, ha statuito, rimettendo cioè al giudice, nel caso un professionista rimandi al proprio sito internet per una parte delle informazioni rilevanti riguardo al prodotto od al servizio commercializzato, il vaglio dei «limiti inerenti al supporto impiegato per la comunicazione»⁹. Quindi secondo una logica di accertamento casistico che vagli preliminarmente il grado di conoscibilità del dato o, nella prospettiva che parrebbe varare la proposta di regolamento sulle firme elettroniche e l'identificazione transfrontaliera (COM 2012. 238 def), se trattasi di un sito web autentificato.

Comunque, l'argomentare della Corte -e già prima dell'avvocato generale- si dipana essenzialmente intorno al rilievo che, se supporto duraturo è qualsiasi strumento che consente al consumatore di registrare (o memorizzare) e di riprodurre inalteratamente quanto ricevuto (v., per es. art. 2, lett. f dir. 2002/65/CE; art. 3, lett. m dir. 2008/48/CE ed art. 2, n. 10 dir. 2011/83), allora un sito *web*, in quanto mezzo che spoglia il consumatore del diritto all'*intangibilità* del contenuto informativo indirizzato, non soddisfa i requisiti di legge. Il consumatore, si fa notare, a causa dell'intrinseca modificabilità di una pagina *web*, non ha il controllo dell'informazione. Che rimane, in realtà, di stretta pertinenza del professionista. E, si potrebbe chiosare, l'interesse che il consumatore ha al contenuto di una certa informazione, è precipuamente l'interesse alla prova assicurata da quella stessa informazione.

Il che, sia detto di passata, è esatto: all'obbligo del professionista di trasmettere un *quid* informativo corrisponde sempre il *diritto* del consumatore ad ottenere la piena disponibilità di quanto documentato. Non a caso l'art. 38 c. tur., per quanto statuisca che all'opuscolo informativo sono assimilati i materiali illustrativi divulgati su supporto elettronico, non menziona la pagina *web*: salvo, volendo abbozzare un'interpretazione adeguatrice, non si tratti di una *webpage* stipulativamente denominabile come qualificata perché ricompresa in un'area ad accesso ri-

servato ove sono racchiusi documenti informatici provvisti di una separata validità giuridica.

Se non fosse che, per come lo si imbastisce, il periodare della Corte ha il difetto di non far risaltare l'esatta cifra di un problema che sembra piuttosto radicarsi nella specialissima natura di un sito *web*, quale supporto rimesso alla piena (ed esclusiva) disponibilità del professionista. Rispetto ad una pagina *web*, infatti, è l'ultima operazione che davvero conta: e certi messaggi che si leggono in rete -sulla modificabilità *ex uno latere* e senza previo avviso della struttura di una pagina, eliminando (o modificando) i servizi ovvero le condizioni di accesso (*seu* di utilizzo)- esprimono sintomaticamente la *particolarità* di uno strumento che, in quanto potestativamente mutevole, è *mutuamente esclusivo*. Sito internet e supporto durevole, rispetto ad un'informazione, sono insomma vocaboli di massima *congiuntamente esaustivi* ma che si escludono a vicenda. Un'informazione, materializzata per via della complessità dell'operazione economica, implica infatti che l'*esclusività* si trasmetta al consumatore. Come già aveva messo in risalto la Corte EFTA, citata incidentalmente nella motivazione, nel caso *Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht*¹⁰.

Col lessico della tradizione dogmatica si dovrebbe allora, più correttamente, notare (ed evidenziare) che se il «diritto» sul contenuto informativo significa diritto «sulla rappresentazione» deducibile dall'informazione¹¹, ove il contenuto di questa sia modificabile unilateralmente, la *variatio* involgerà pure la rappresentazione del fatto incorporato, trasformandolo in un *quid* differente da quello originario. *Ergo*, la modificabilità della pagina *web* è sinonimo -più che di una volatilità, come si legge in una nota decisione della Cassazione¹²- di una non *definitività* dell'informazione. In quest'ottica, allora, è corretto rilevare che una «pagina *web* non è posta sotto il controllo di colui che la consulta, ma di colui che la pubblica»¹³: epperò il concetto va meglio affinato evidenziando il *potere* del professionista di incidere sull'informazione -più che nel senso di revocarla- con un disfare continuo *ad nutum*. Il fatto -innegabile- che un professionista sia nella condizione di mutare «a suo piacimento» una determinata

¹⁰ V. C. EFTA, 27 gennaio 2010, E-4/09, EFTA Court Report, 86, ove anche il corretto rilievo che la qualifica di un sito internet come supporto durevole non può venire desunta dalla circostanza che un cliente abbia espresso il proprio consenso a che la comunicazione delle informazioni avvenga mediante internet.

¹¹ Così, con rilievi attualissimi, L. CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941, 110.

¹² V. Cass., sez. lav., 16 febbraio 2002, n. 2912, in *Giur. it.*, 2004, 1355.

¹³ V. Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi, cit. § 43 (anche per la citazione che segue).

⁸ V. C. giust UE, 12 maggio 2011, causa C-122/, *Konsumtombudsmannen c. Ving Sverige B*, in *Foro it.*, 2011, IV, 336 ss. ⁹ Cfr. C. giust. UE, 12 maggio 2011, cit. in motivazione.

webform dimostra invero che l'informazione ivi contenuta è *in progress* e, in quanto correggibile, non chiusa. Fa difetto, secondo il linguaggio dei filologi¹⁴, lo stadio del *ne varietur*. Col risultato che, per quanto la documentazione dell'informazione si sia individualmente esaurita¹⁵, per effetto del potere sul supporto la si deve intendere come un'informazione intrinsecamente inaffidante. Insomma, pure a riconoscere che una pagina *web* sia accostabile ad un documento informatico col valore di cui all'rt. 2712 c.c., resta inteso che, per il fatto di essere suscettibile di continua trasformazione¹⁶, essa pecca di -e quindi non offre- certezza giuridica.

In una celebre pagina carneluttiana¹⁷, l'attività di comporre un testo, cancellarlo una prima volta e poi rettificarlo prende il nome di operazione giuridica reale. E, di là dal diverso contesto nel quale l'espressione fu coniata, essa ben rende l'idea di un potere discrezionale sul supporto che non si esaurisce *ex uno actu*, essendo la *web form* ancora disponibile sebbene gli elementi documentali -di cui l'informazione consta- siano già stati posti in essere. La sola possibile eccezione, dopo che pure l'art. 2011/83 si perita di avallare l'interpretazione restrittiva qui suggerita¹⁸, si rinviene nell'art. 36 del regolamento Consob 16190/2007: anche se parrebbe un'eccezione più apparente che reale.

Rubricato *informazioni su supporto duraturo e mediante sito internet*, questo articolo ammette sì infatti che l'intermediario possa fornire informazioni al cliente per il tramite di un sito internet. Epperò la sequenza delle condizioni legittimanti l'utilizzo di questa tecnica di comunicazione si snoda secondo una *climax* che, previamente constatata la valenza di un sito *Internet* come tecnica appropriata al contesto di svolgimento del rapporto tra cliente ed intermediario, postula (i) il consenso espresso del cliente, (ii) l'aggiornamento delle informazioni ed una (iii) accessibilità continua alle stesse «*per tutto il periodo di tempo* in cui, ragionevolmente, il cliente può avere necessità di acquisirle». La deliberazione Consob n. 18210 del maggio scorso, resa in esecuzione della direttiva 2009/65/CE quanto alla tutela degli investitori nel comparto dell'OICVM, non

troppo diversamente ammette che il KIID, previsto in sostituzione del Prospetto Informativo Semplificato e confezionato in due pagine secondo un modello prestabilito, sia consultabile via *web*. Epperò, per quanto un sito internet finisca qui -così- per essere annoverato tra le condizioni per la presentazione di informazioni chiave agli investitori, rimane il fatto che la configurabilità di questa specifica modalità di adempimento implica il pre-requisito di dotare quel sito *web* di una funzione in grado di assicurare agli investitori, in una specifica classe di azioni, di ricevere periodicamente -e conservare¹⁹- una versione aggiornata del KIID di riferimento (artt. 14, 15-*bis* e 17-*bis*). Il che, se da un lato dimostra come talora sia la stessa natura dell'operazione economica ad imporre la precarietà sì per *variatio* unilaterale ma *cum causa* dell'informazione trasmessa, dall'altra certifica che l'esigenza di un supporto duraturo agevolmente accessibile accomuna qualsiasi controparte di un intermediario incaricato del collocamento o della commercializzazione di un prodotto finanziario.

3. Presunzione di consenso tacito per omessa opposizione?

Quanto alla seconda delle questioni decise, il caso delle cd. opzioni prestabilite, tutto origina da una controversia tra una società commercializzante in rete viaggi aerei ed il *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*²⁰. Il problema ineriva alla pratica commerciale di questa società di includere automaticamente, tra le spese di viaggio, oltre al prezzo comprensivo di tasse e diritti, anche il costo di un'assicurazione a copertura delle spese di annullamento del viaggio, con la facoltà per il cliente di «optare espressamente per la soluzione contraria». Quindi un tipico caso di sottoscrizione automatica, senza consenso espresso (cd. *opt out*) nonostante l'art. 23, § 1 del regolamento CE 1008/2008 sia nitido nello statuire che i supplementi di prezzo opzionali, da indicarsi per altro in modo chiaro e trasparente all'inizio di ogni processo di prenotazione, sono conteggiabili solo in caso di accettazione espressa. Cioè secondo il meccanismo dell'*opt in*.

La Corte, investita della questione, è *tranchant* nell'evidenziare che il contrario argomento addotto dal professionista, l'essere il servizio opzionale erogato da un soggetto terzo diverso dal vettore aereo,

14 Cfr. R. SIMONE, *Testo scritto, testo parlato, testo digitale*, in AA. Vv., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, 18.

15 Nel caso in cui il consumatore abbia provveduto a stampare o registrare la pagina *web* prima della modifica.

16 V. Cass. 16 luglio 2002, n. 2912, cit.

17 V. *Distruzione o destinazione alla distruzione della scheda del testamento olografo*, in *Foro it.*, 1937, IV, 97 ss.

18 Nel 23 *considerando* della direttiva 2011/83 la distinta specifica di ciò che debba intendersi per supporto durevole annovera infatti, oltre ai documenti su carta, le chiavi USB, CD-ROM, DVD, schede di memoria o dischi rigidi del computer «nonché messaggi di posta elettronica»: mentre, alla lettera, non è contemplato un sito internet.

19 Finanche per l'intera durata del contratto e, «nella misura necessaria, [per] il periodo successivo alla scadenza del contratto»: così Corte EFTA, 27 gennaio 2010, cit.

20 V. C. giust. UE, 19 luglio 2012, cit. Giudice *a quo* l'*Oberlandesgericht* di Köln.



si tradurrebbe in una (facile) elusione del dato normativo a danno del passeggero²¹. E, visto anche quanto dispone l'art. 22 della direttiva 2011/83 in materia di pagamenti supplementari, conclude recisamente nel senso di denunciare l'illegittimità di una siffatta pratica. Se si tratta di servizi opzionali, quindi «né obbligatori né indispensabili», va da sé che una decisione trasparente e comparativamente responsabile del cliente implica un suo consenso espresso. Che si tratti di un'assicurazione facoltativa *all inclusive* o di un qualunque altro servizio accessorio (es. priorità all'imbarco, servizi di ristorazione, noleggi auto *et similia*), essendo l'art. 23 del regolamento CE 1008/2008 una disposizione onnicomprensiva che concerne *tutti* i supplementi di prezzo connessi a viaggi aerei. Ma di nuovo, di là dalla corretta sottolineatura che un rifiuto posteriore, denegante un silenzio assenso onde evitare un pagamento supplementare, dimidia la tutela del passeggero, c'è di più e soprattutto altro da mettere in risalto. Quell'art. 22 della direttiva 2011/83, che la Corte cita, funge infatti da specola per il bando di tutte quelle formalità endoprocedimentali, non innominate ma *atipiche*²², incorporanti una presunzione di consenso, sospette di un'abusività *iuris et de iure* perché occultanti una sorpresa *nel* contrattare. E se la rubrica dell'art. 22 può sviare, diversamente da quanto si leggeva in quell'art. 31, c. 3 della Prima proposta di direttiva sui diritti dei consumatori intitolata alla 'prescrizione di trasparenza delle clausole contrattuali'²³, non c'è dubbio che la norma sia da iscrivere nel contesto di una tutela preventiva dalle cd. clausole nascoste (*überraschende Klauseln*), ancillari a forme di acquisto inconsapevoli comunque incidenti sul costo finale dell'operazione. I riquadri già contrassegnati *on line*, che il consumatore ha l'onere di rifiutare, null'altro sono infatti che dei segni (o dei *verba*) standard azionanti, se non esclusi, una disciplina di smaccato *favor* per il professionista. E, per quanto nuova, la lettera in cui si articola l'art. 22, non rappresenta una previsione isolata: la pratica di un consenso del consumatore, da acquisirsi in modo documentalmente esplicito e distinto per ogni contratto, con divieto per conseguenza di *relatio* e dello schema *opt-out*, già si rinviene infatti nel corpo degli artt. 125 *bis*, c. 3, t.u.b. (espressamente)

e 77, comma 1, c.cons. (implicitamente)²⁴. Il tutto, in quell'ottica privilegiata di un «sistematico rimodellamento» e/o «integrale rifacimento della regola negoziale»²⁵, che già in precedenza aveva portato ad evidenziare quanto la preselezione sia idonea ad inviluppare la libertà negoziale del consumatore, inducendolo ad una decisione negoziale che, se responsabilmente assunta, avrebbe potuto non compiere.

Quand'è così, sorprende perciò che il Consiglio di Stato²⁶, seppure prima del *decisum* in esame, abbia statuito nel senso che il semplice fatto di adottare un meccanismo *opt out* anziché *opt in* non vale di per sé ad incidere, in termini di volizione contrattuale consapevole, sul comportamento economico del consumatore²⁷.

La sentenza dei giudici amministrativi -è verocontesta(va) principalmente l'assimilazione tra sistema *opt in* e pratica commerciale scorretta: epperò se, con riguardo al combinato disposto degli artt. 22 e 23 c. cons. può discutersi sull'effettiva attitudine *in concreto* del cd. defflaggare ad indurre in errore il consumatore²⁸, sembra invece fuor di dubbio che una tecnica di silenzio/assenso, preconfezionata dal professionista, riesca davvero ad impastoiare la volontarietà di una scelta economica. Tanto è vero che, in una pronuncia di poco successiva²⁹, la tecnica di deselegazione del *flag* non riceve più alcun avallo a tutto vantaggio, onde anestetizzare il rischio dei cd. *internet cost traps*, di un comportamento attivo di adesione. Segno che il divieto di costi opzionali automatici col diritto per il consumatore, come prescrive l'art. 22 della direttiva 2011/83, al rimborso di quanto indebitamente versato, è parte in realtà di un trittico conformativo generale -nel quale si inverte la versione aggiornata del principio di trasparenza- le cui due altre polarità sono rappresentate, rispettivamente

21 V. anche *Conclusioni* dell'avvocato generale Mazak, §§ 37 e 38.

22 In quanto pur sempre interne ad un procedimento dornativo foggiate *ex lege*: v., in luogo di tanti, G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 368.

23 Per una trattazione più diffusa sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali V*, Milano, 2012, 1280 ss.

24 Riguardo ai contratti accessori a quello di multiproprietà o ad un prodotto per le vacanze di lungo termine.

25 V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 418.

26 V. CdS, 27 ottobre 2011, sez. VI, n. 5785, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Consumatori e utenti*, n. 31.

27 Per una diffusa critica alla sentenza v. N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. pubbl. econom.*, Padova, 2012, 258 s.(e nt. 121).

28 Per quanto, quando lo stesso professionista si avvalga di due tecniche opposte per due contratti diversi -quello di viaggio e la polizza assicurativa- contestualmente offerti al consumatore, l'ingannevolezza sia *in re ipsa*. E lo stesso, verrebbe da aggiungere, sembra debba riconoscersi nei casi in cui la qualifica del cliente come *consumer price sensitive* sia più più spiccata che in altri. Si pensi all'ipotesi della tariffa acquistata come offerta promozionale ma col corredo di una serie di voci aggiuntive opzionali.

29 V. CdS, 24 Novembre 2011, sez. VI, n. 6204, in *Rep. Foro it.*, voce *Concorrenza (disciplina della)*, n. 51.



-dal divieto di spese occulte, che si legge nell'art. 8, § 2 dir. 2011/83, con un consenso del consumatore che si reputa *inesistente* se il professionista non rispetta l'onere, affidato ad una letteralità di legge intangibile³⁰, di assicurarsi la consapevolezza del primo circa il fatto che l'inoltro dell'ordine implica un obbligo di pagamento;

-dal concorrente obbligo di informazione precontrattuale relativo al prezzo totale comprensivo delle imposte e di tutte le spese aggiuntive di spedizione e consegna con la variabile, nel caso il prezzo finale o le voci di spesa accessoria non siano ragionevolmente quantificabili in anticipo, di una puntuale indicazione delle modalità di calcolo del primo o dell'addebito delle seconde (art. 6, § 1, lett. e nonché art. 7, § 4, lett. a).

Un trittico generale, si diceva, senza che il riferirsi dell'art. 8, § 2 testualmente ai soli contratti conclusi a distanza mediante siti *web* faccia del suo corposo effetto denegativo -una non vincolatività per mancato perfezionarsi della fattispecie- una vicenda di settore. Un'attenta dottrina³¹, prendendo spunto dal fatto che, in luogo di un'informazione da rendersi disponibile «in tempo utile prima [della stipula]» (dir. 97/7) si ha ora un dovere del professionista da adempiersi antecedentemente al momento in cui il consumatore sarà vincolato dal contratto o da un'offerta (art. 5, § 1 ed art. 6, § 1), non si mostra dello stesso avviso e dubita che la nuova direttiva garantisca «effettivamente» una «scelta ponderata, consapevole ed informata del consumatore». Se non deve più intercorrere, questo è quanto si dice, uno spazio temporale minimo, l'obbligo informativo potrà allora perfezionarsi *ex uno actu* contemporaneamente alla stipula del contratto. Ma, si prenda nota, di là dalla circostanza che il combinato disposto degli artt. 5 e 6, per quanto involuto, sia vocato a garantire non la consapevolezza nel negoziare bensì quella nel «cancellare ... o mantenere un affare già concluso»³², non è che il rilievo esposto persuada a pieno. Dall'analisi restano infatti fuori gli artt. 8, § 2 e 22 i quali, in un contesto ove «ogni contatto tra consumatore e professionista» può mo-

strarsi decisivo per il formarsi del consenso³³, sembrano viceversa proprio palesare, al verificarsi di determinate omissioni informative o procedimentali, la carenza -in tutto o in parte- di una *dichiarazione di volontà* del consumatore: la quale, nell'intelataura della direttiva, pare così assunta *ex lege* come inesistente ogni qual volta faccia difetto una specifica consapevolezza di costui nell'*obbligarsi*. Stando infatti al combinato disposto degli artt. 8, § 2 e 22, una volizione contrattuale del consumatore viene in essere soltanto *se* preavvertitamente informata in modo specifico ed in quanto formulata in maniera espressa, con la regola di trasparenza degli artt. 6 e 7 deputata poi a fare da collante nella prospettiva di una *lex contractus* parametrata sull'affidamento ragionevole del consumatore. Riprodotta com'è in quell'art. 5 dettato per i contratti *diversi* da quelli stipulati fuori dei locali commerciali o a distanza, questa regola di trasparenza funge in realtà da reticolo transtipico, permeante ogni rapporto di consumo³⁴, in perfetta sintonia, del resto, con quanto statuito dalla Corte di giustizia nella *Ving Sverige AB*: per certo una sentenza interlocutoria laddove osserva che un invito all'acquisto fornito di un prezzo minimo non costituisce di per sé un'omissione ingannevole, ma nitida nel rimettere al giudice il potere di accertare se «l'omissione delle modalità di calcolo del prezzo finale impedisca al consumatore» di assumere «una decisione che non avrebbe altrimenti preso»³⁵.

A mostrarsi ricorrente, com'è facile riscontrare, non è soltanto il periodare dei giudici: per la Corte di quest'ultima stagione tutto invero sembra ruotare intorno alla *consapevolezza* del consumatore nel vincolarsi. Quella consapevolezza che l'art. 8, § 2, *prima facie* rappresentabile come un nuovo possibile caso di nullità testuale per violazione di una regola di comportamento³⁶, veste in realtà -allorché manchi- con la forma più stringente dell'*inesistenza*. E ragionare di un accordo inesistente anziché di un nullo non è una differenza da poco.

30 Se l'inoltro dell'ordine postula l'azionamento di un pulsante, per l'art. 8 della direttiva il pulsante o la funzione analoga devono riportare, in modo facilmente leggibile, le sole parole «ordine con obbligo di pagare» o altra formulazione equipollente. V., al riguardo, M. LEHMANN – A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit. 435 ss. e, se si vuole, S. 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*, cit. 332 s.

31 V. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit. 53 (da cui la citazione).

32 Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op. loc. ult. cit.*

33 Così anche F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *Contratti*, 2012, 735.

34 Sicché, sotto questo profilo, è esatto far notare che la direttiva 2011/83 contempla una norma generale, quanto alla trasparenza dei rapporti tra imprese e consumatori, sì di armonizzazione minima ma, per ciò stesso, non derogabile *in peius*. V. anche A. PALMIERI, *Quel che avanza dei diritti dei consumatori: una disciplina parziale e frammentaria (con qualche spunto interessante sul piano definitorio)*, in *Foro it.*, 2012, V,184.

35 V. C. giust. UE, 12 maggio 2011, cit. (in motivazione).

36 V., in questo senso, M. LEHMANN – A. DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, cit. 441.



I CONTRATTI PER L'IMPRESA FRA TIPI E CLAUSOLE GENERALI.

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. *I contratti per l'impresa.* – 2. *Tipi legali e autonomia privata dell'impresa.* – 3. *Clausole generali, principi e ricerca di norme inderogabili nella contrattazione d'impresa.* – 4. *Gli obblighi di informazione e la fase precontrattuale.* – 5. *Causa in concreto e contrarietà a norma penale.* – 6. *L'abuso della libertà contrattuale.* – 7. *L'interpretazione di buona fede.* – 8. *L'equità e la rinegoziazione.* – 9. *Conclusioni.*

1. I contratti per l'impresa.

Il tema affronta uno degli aspetti più delicati della teoria del contratto, oggetto di studi e sensibilità diverse nel ripensare, oggi come in passato, ruolo e funzione dell'atto di autonomia in un momento in cui la crescita economica e l'attività di impresa assumono centralità nel sistema.

I problemi sono evidenti. Il rapporto fra disciplina generale e speciale, la frantumazione del diritto dei privati e l'emergere dei diritti secondi, l'ammissibilità di una categoria di contratti commerciali. La funzione dei tipi e l'estensione analogica della loro disciplina.

Il mio discorso si soffermerà sul ruolo dei principi e delle clausole generali per verificare la loro utilità per l'impresa, messa in dubbio da molte analisi recenti. Una in particolare.¹

¹ Ciò che emerge dalla disciplina dei tipi legali nella produzione di beni e servizi è posta chiaramente in luce dai contributi contenuti in questo volume di C. FERRARI, *Appalto di servizi*; M. CARINCI, *Il contratto d'opera*; F. PADOVINI, *La locazione*; M. RABITTI, *Il leasing*; A. FONDRIESCHI, *L'appalto d'opera*; M. CAVALLARO, *Il Comodato*; M. MAUGERI, *La Subfornitura*. La disciplina del contratto di appalto, del rapporto (1667, 1668, 1671, 1673) e delle difformità (1667, 1668) lambisce l'area dei servizi con il limite della compatibilità (1667) mentre entrambe le tipologie sono potenziate dalla normativa

La riflessione sul "terzo contratto" nasce dalla previsione normativa di tutele specifiche per "l'impresa debole". Si vuole operare una "valutazione di compatibilità"² del contratto di diritto comune con la disciplina speciale e la formula è uti-

speciale, rivolta ad una serie di nuovi contratti per la prestazioni continuative e periodiche che trovano un inquadramento sistematico nei tipi, nella disciplina comunitaria e nei provvedimenti di attuazione. Anche la legge sulla subfornitura fa riferimento al ciclo produttivo del committente e alla conformazione delle direttive tecniche impartite alla controparte, con una prevalenza del *facere* sul *dare* che implica ancora l'appalto come tipo di riferimento. Ne risulta un arricchimento reciproco fra tipo legale e normativa di settore come accade nel contratto d'opera ove al codice si affianca una regolazione (anche recentissima) specifica delle professioni intellettuali. Infine la funzione di godimento è regolata dai tipi, da norme speciali e da un'attuazione giurisprudenziale che segue linee consolidate. Nel leasing l'analisi della specificità del canone e del valore residuo del bene orientano nella individuazione della funzione (traslativa o di uso) e nell'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. Nella normativa sull'affitto il tipo legale e la legge di settore assegnano stabilità nel tempo al rapporto potenziata dalla inderogabilità delle regole prevista dall'art. 79 della legge n.392 del 1978, ciò si unisce alla elasticità e duttilità dello schema legale particolarmente adatto alle esigenze dell'impresa.

² v. G. GITTI e G. VILLA, (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

lizzata per “configurare una fattispecie”, “individuare una disciplina” e un metodo capaci di allontanarsi da strumenti dogmatici inutilizzabili e da tentazioni neoesegetiche. Le prospettive e le analisi sono diverse ma si intravede una linea omogenea³.

Si intendono sottoporre a verifica alcuni modelli di configurazione e si pone in guardia da strumenti e metodi indesiderati. Si rifiuta ogni riferimento alla “giustizia contrattuale” che estenderebbe, alla contrattazione fra imprese, *ratio* ispirate alla tutela della persona e una critica severa si rivolge all’impiego delle clausole generali che affiderebbero al giudice la scelta dei valori e la loro gerarchia⁴.

Nell’indagare la fase di formazione si rifiuta la fuga nei principi generali e si “reputa ineludibile il recupero della fattispecie (da parte dell’interprete)” come condizione indispensabile per restituire al discorso del giurista il requisito minimo della ragionevolezza e della possibilità di comunicazione “intersoggettiva”⁵.

Nella determinazione del contenuto si diffida di un generico richiamo alla buona fede privilegiando l’analisi di fattispecie speciali (abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante) che “rendono il contratto adeguato ad obiettivi di sistema (concorrenza e regolazione del mercato) e ispirato ai fini della tutela dell’equilibrio sostanziale del rapporto e pertanto di giustizia contrattuale”⁶.

Per quanto concerne i rimedi si sottopongono ad analisi critica le combinazioni *nullità parziale- rideeterminazione e validità- risarcimento*. Si rivolge attenzione alla disciplina dell’abuso di dipendenza economica⁷ la cui estensione analogica è da molti esclusa o limitata⁸. Il ripensamento della esecuzione

³ G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema.*, in G. Gitti e G. Villa, (a cura di) *Il terzo contratto*, op. cit., p. 9 ss.

⁴ *Ibidem*, p.29.

⁵ G. D’AMICO, *La formazione del contratto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 82.

⁶ G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 110.

⁷ G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 134.

⁸ *Ibidem*, p. 135 ss. Per imporre una rideeterminazione al soggetto che ha commesso l’abuso si può far leva sulle regole che disciplinano il concreto tipo contrattuale che lega l’imprenditore abusato con quello dominante...sicché “venuta meno la determinazione convenzionale del prezzo il contratto sarebbe privo di oggetto determinato e vi si potrebbe ovviare ricorrendo alle determinazioni giudiziali” (1474, 1561, 1657). “Oppure...eliminata la pattuizione potrebbe essere chiamata ad intervenire un’integrazione del contratto operante attraverso l’equità integrativa prevista dall’art. 1374 c.c.”. Si osserva che in entrambi i casi “le soluzioni affidano al giudice un margine di discrezionalità significativo e che

del contratto e delle tecniche di gestione del rischio è affrontato con rigorosa consapevolezza⁹ ma le aperture verso una possibile rinegoziazione in caso di sopravvenienze sono molto caute¹⁰.

espongono la decisione a non trascurabili margini di errore” (p.135). D’altra parte si esamina se tale difficoltà e tale margine di errore siano presenti anche nelle soluzioni che passano attraverso il risarcimento o la ripetizione. Alcuno osserva di sì (v. F. MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p.199) perché “si tratta di operare quantificazioni di beni e attività”. Altri (G. VILLA, cit., p.135-136) osserva che tale obiezione “presuppone che l’impatto di una valutazione erronea sia sostanzialmente analogo sia quando, cessato il rapporto, si richieda a posteriori un riequilibrio della relazione, sia quando tale valutazione sia destinata a vincolare le parti per il futuro, reiterando così i suoi effetti negativi per l’avvenire” (*Ibidem*, p.136). La conclusione è che un intervento di riequilibrio sul rapporto può più facilmente ammettersi “quando si tratti di un rapporto di lunga durata e quindi esposto a sopravvenienze poco prevedibili”(contratto incompleto). Dubbio è invece un tale rimedio “quando il contratto è completo, la prestazione è determinata ma la pattuizione non resiste a causa dell’abuso”. (*Ibidem*).

⁹ F. MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, cit., p. 181-216, osserva che la dinamica delle sopravvenienze consente di fissare il punto di partenza “per ripensare l’intero apparato dei rimedi contro l’asimmetria di potere non governabile (interamente) con le regole di validità poste dal legislatore e serve altresì per una verifica della razionalità delle regole contro l’abuso visto che è proprio nella fase di esecuzione che si avvertono le conseguenze di tale pratica”, *ibidem*, p. 201 e ss.

¹⁰ Si tende così a isolare quella che viene definita (da V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p.1044) una sorta di “macro *ratio* rispondente all’esigenza dell’ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell’atto di autonomia” originariamente programmati. Si isolano così alcuni gruppi di norme (1474, 1657, 1560–1661, 1664) per ricavare l’esistenza di “un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti”, raffigurabile con le tendenze sulla proporzionalità, la ragionevolezza, la buona fede (F. MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio*, cit., pp. 201-202) Da qui la ricostruzione di “un obbligo di ricostruzione di fonte legale” non in contrasto con l’art. 1467 e sorretto dalla buona fede (1366, 1375) e dall’equità (1374). Essenziali sono al riguardo le osservazioni premonitrici di Sacco sulle sopravvenienze atipiche (*Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, II, p. 722) che aprono la via ad “una ricerca volta ad individuare il sistema dei rimedi correttivi e manutentivi del contratto non potendosi l’ordinamento affidare soltanto alla prescrizione della nullità delle pattuizioni con le quali si consuma *ex ante* l’abuso di un contraente nei confronti dell’altro... ma di qui anche la difficoltà di individuare i



criteri (generali) per l'esercizio della discrezionalità del giudice" (F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio*, cit., p. 212). Decisive sono ancora le prospettive dei Principi (Unidroit, Lando, CFR) e le prospettive di comparazione con il recente codice olandese (art. 258 BW), la giurisprudenza francese sul recesso dovuto a sopravvenuti squilibri che "avrebbero imposto al recedente di offrire alla controparte la rinegoziazione del contratto" (*Ibidem*, p. 216) e l'analisi economica in particolare sui contratti relazionali.

V. anche M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p.137 ss. Anche chi si sofferma sul controllo giudiziario del terzo contratto rifiuta sia il valore logico immutabile alle categorie dogmatiche del codice civile (che comporta di abdicare al compito di verifica e costruzione del sistema) sia il paradigma assiologico che ricostruisce in base alla proporzionalità o la giustizia o la debolezza del contraente (che non chiarisce adeguatamente termini e criteri). Entrambe le prospettive scontano, secondo tali autori, il costo grave di non "offrire criteri di lettura e verifica delle scelte del giudice" e di "determinare una incapacità comunicativa con il sistema di diritto europeo" (A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto fra imprese*, ivi, p. 234 ss.). Egualmente criticato è il fondamento della categoria del contratto con asimmetria del potere contrattuale perché il problema della parità e della repressione dell'abuso "non rispondono a finalità coerenti e suscettibili di essere tra loro elevate a categoria dogmatica unificante" (*Ibidem*, p. 236). La proposta è diversa. Sia la dominazione relativa che l'iniustizia dei termini gravosi di pagamento traggono origine da un dato esterno al singolo contratto che "implica per il giudice la necessità di accertare...il complesso dei rapporti delle parti, l'attività, il mercato di riferimento che sfuggono del tutto ai termini della fattispecie produttiva di effetti" (*Ibidem*, p. 244). Da qui la convinzione che il controllo della discrezionalità del giudice e dell'uso delle clausole generali impone "un'analisi in ordine all'effettivo assetto del mercato in cui opera l'impresa e all'impossibilità di trovare alternative, che deve trovare riscontro nella motivazione" (*Ibidem*, p. 247).

Non mancano anche osservazioni critiche a queste ricostruzioni, v. P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, p. 275; F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, p. 302; E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 329 ss. (la quale critica il totale richiamo dei tipi), tutti in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit.. L'esempio più significativo è quello del rimedio di tipo correttivo che spesso è più vantaggioso di quello invalidante per l'imprenditore. "L'approccio che emerge nell'ottica del terzo contratto sembra rifiutare" sia l'uso delle clausole generali sia il ricorso all'analogia dell'art. 7 della legge sui ritardi di pagamento sul presupposto della eccezionalità di tale norma. L'alternativa è il ricorso alla normativa dei tipi (1474, 1561, 1657) o direttamente

Insomma la visione privilegia *per l'impresa* una serie di regole provenienti dal legislatore sì da legittimare ampiamente l'analogia e il metodo tipologico.

Si tratta di stabilire se tale aspirazione rappresenti una alternativa efficace all'uso di clausole generali a cui si imputano gravi criticità.

2. Tipi legali e autonomia privata dell'impresa.

Come ho accennato più volte¹¹ credo che una prospettiva rigidamente strutturale sia insufficiente tanto per regolare adeguatamente fenomeni nuovi, come i contratti alieni, quanto per cogliere la peculiarità e la rilevanza di un'autonomia privata dell'impresa. Provo a spiegare il perché.

I primi, come ci è stato insegnato, sono redatti sulla base di un modello di *common law* e pensati per realizzare l'unità del diritto nella diversità dei mercati, ma sono soggetti, per volontà delle parti o altre circostanze, al diritto italiano. Le conclusioni di Giorgio de Nova sono chiare: nessuna rilevanza ha per essi il diritto dispositivo perché il testo tende ad essere completo e rifiuta ogni integrazione, mentre sono essenziali le norme imperative di principio, le norme di risultato, le regole di interpretazione e di condotta secondo buona fede¹².

Ebbene in un contesto normativo ove le disposizioni inderogabili sono molto scarse questa esemplificazione mi sembra la conferma di un dato¹³.

all'integrazione *ex art. 1374*" (E. NAVARRETTA, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., p. 325 e ss.). Secondo questa visione critica è invece più convincente un percorso che coordini "la clausola generale di buona fede oggettiva con un principio correttivo ricavato implicitamente tramite indici interpretativi sia interni al contratto B2 sia dedotti da altri contratti asimmetrici". Ciò nella prospettiva dell'analogia *iuris* "come supporto ad un principio implicito di intervento correttivo rispetto al contratto iniquo". Ciò esclude la sua eccezionalità ed è un "indizio ermeneutico...per la costruzione di un rimedio correttivo che, in assenza di una specifica previsione di legge sulla rilevanza d'ufficio, rileva solo come strumento di tutela di una parte".

¹¹ G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p.86 ss.; Id., *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 237 ss.

¹² G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 345 ss. ora in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, Cedam, 2011, p. 177 ss.,181 ss.

¹³ Richiamo qui le osservazioni già svolte in G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e*

Il positivismo, con l'ossessione della conformità ad una o più regole, non è il metodo più adatto per realtà giuridiche complesse. Uno sguardo al passato fornisce una precisa conferma.

Sino alla fine degli anni sessanta l'incontro fra il positivismo dei giuristi e il neopositivismo logico dei filosofi aveva prodotto una conseguenza chiara. La ricerca si affidò all'analisi del linguaggio e alla costruzione di concetti con un metodo simile alle scienze esatte. La norma era osservata come un oggetto di natura e il diritto finì per esaurirsi in una visione strutturale di un insieme di regole capaci di fissare, in modo rigido, i fatti e il loro esercizio. Ciò era possibile in presenza di un rapporto univoco e diretto fra il potere politico statale e la società civile. Un simile rapporto non esiste più da tempo e la pluralità delle fonti è divenuta una realtà oggettiva. Già sul finire degli anni settanta è mutato lo scenario e la prospettiva di analisi. Si è avvertito che una visione esclusivamente strutturale di un oggetto e di un diritto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue meglio e con più chiarezza dagli altri. Centrale è divenuta l'attenzione ai comportamenti, al procedimento, alla causa concreta, alla rilevanza di interessi che esigono risposte inedite.

D'altra parte la disciplina dell'autonomia privata dell'impresa è frantumata in una pluralità di fonti e di regole. Ne indico alcune.

Una raccomandazione della Commissione europea (del 6 maggio 2003) definisce le PMI e le microimprese sollecitando gli Stati membri ad uniformarsi a tali criteri "per riservare alle imprese che ne hanno veramente bisogno i vantaggi derivanti da varie regolamentazioni o misure a loro favore".

L'art. 7 del d.l. 1/2012 estende alle microimprese la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Con essa si regola, con analitica precisione, l'attività di influenza sui processi decisionali di soggetti economici e si impone un dovere generale di attenzione verso la "vulnerabilità decisionale" o meglio la autodeterminazione delle persone, come diritto che assume contorni sempre più precisi. Ciò si affianca al dovere di concorrenza leale fra imprese e in qualche modo ne prescinde imponendo ai professionisti, in tutti gli Stati membri, nuovi doveri e riconoscendo corrispondenti diritti, che giustificano idonei rimedi.

L'art. 5 dello stesso decreto introduce una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, d'ufficio o su istanza dei consumatori¹⁴.

codici di settore, ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 150 ss., 163 ss.

¹⁴ Sul rapporto fra clausole abusive e pratiche commerciali scorrette v. S. ORLANDO, *The Use of Unfair Con-*

L'art. 62 nelle relazioni commerciali tra operatori economici che hanno ad oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari vieta, tra l'altro, ogni condotta commerciale sleale e prevede il rispetto, pena la nullità rilevabile d'ufficio, "dei principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti".

La Direttiva sulla lotta ai ritardi di pagamento proibisce l'abuso della libertà contrattuale e (cons. 28) afferma che "qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalle consuete prassi commerciali e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza deve essere considerata iniqua per il creditore" con conseguenze inibitorie e risarcitorie.

Nella Comunicazione della Commissione europea e nella Proposta di Regolamento europeo sul contratto di vendita¹⁵ si intende realizzare nell'Unione un *corpus* unico di leggi, uniformi e opzionale per le Piccole e Medie Imprese e i consumatori per gli scambi transfrontalieri, recependo l'elaborazione dei vari gruppi di studio che si sono succeduti nel tempo. Un insieme di norme "con un elevato grado di protezione" per i destinatari in ordine ai diritti e obblighi per le parti, ai rimedi per l'inadempimento e agli obblighi di informazione.

Insomma i tipi contrattuali previsti dal codice civile (per lo più formati da norme dispositive eluse dalle parti) e le norme inderogabili (poche e modificate dalla legge)¹⁶ sono sempre più insufficienti, nella valutazione della stessa normativa speciale, per la disciplina di nuovi e vecchi contratti. D'altra parte la categoria del terzo contratto e la peculiarità di una categoria dei contratti d'impresa¹⁷, non offrono un'astrazione utile a risolvere i conflitti, stante la frantumazione normativa dei rimedi voluta e perseguita dal legislatore interno e comunitario.

Da qui l'intento di precisare il ruolo delle clausole generali, dei principi e dei rimedi attraverso cui rendere visibili criteri di responsabilità per i

tractual Terms as an Unfair Commercial Practice, in *ERCL*, 2011, p. 25 ss.

¹⁵ C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta del Regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 4, p. 837 ss.; M. MELI, *Proposta di regolamento sul diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2012, 1, p. 183 ss.

¹⁶ V. sul punto, G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, op. cit., e G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract. The common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

¹⁷ V. da ultimo G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 243 ss.



contegni e limiti inderogabili al contenuto del contratto presenti in un sistema multi-livello.

3. Clausole generali, principi e ricerca di norme inderogabili nella contrattazione d'impresa.

La critica ad esse accomuna, a ben vedere, metodi e riflessioni diverse: la proporzionalità, sostenuta da pochissimi, l'uso delle clausole generali e dei principi che è fondata su dati positivi, la giustizia contrattuale che va affrancata dalle banalizzazioni che ne sono state fatte.

Cominciamo da questa ultima parola che non sottende né un elemento alternativo alla causa, né una clausola generale basata su istanze morali.

La teoria della giustizia utilizzata in alcune analisi del contratto evoca e sollecita solo un problema di ripensamento e di adeguamento. Tale accezione indica solo l'esigenza che nel diritto dei privati si debba riflettere e fissare, con ragionevole precisione, le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità¹⁸. Ciò con l'uso di strumenti tratti dal diritto positivo¹⁹ dall'analogia *legis* e *iuris*, ai principi, e alle clausole generali previste nel codice civile. Indico solo qualche esempio.

Al di là delle formule sull'asimmetria e la debolezza dei contraenti non è dubbio che le relazioni fra privati sono ispirate al canone della parità in base a due fondamentali norme costituzionali. L'art. 24 che dispone la parità tra le situazioni giuridiche sostanziali di diritto e interesse e l'art. 111 che disciplina la terzietà del giudice, la sua imparzialità e ancora la parità delle parti.

La disparità può essere rilevante solo in presenza del dettato di una norma, dell'uso di una clausola generale o del richiamo positivo del fatto. In tutti questi casi, come si chiarisce in modo limpido in un

bel libro²⁰, la rilevanza della disparità non si ha nel momento della identificazione della situazione soggettiva, ma nel momento dell'accertamento giudiziale della disuguaglianza²¹.

Ciò significa che la specificità non va ricercata solo sul piano della differenziazione sostanziale del potere o del diritto ma anche sul piano delle dinamiche dell'«iniziativa processuale e dell'onere della prova» e ne segue una conclusione di grande interesse²².

Nel ricostruire la fattispecie asimmetrica non è utile e opportuno il parametro della congruità delle prestazioni. È spesso poco significativa, al di fuori di ipotesi tipizzate, la misura del potere. Mentre deve essere potenziata la rilevanza delle circostanze soggettive e il piano delle azioni e delle tutele ipotizzabili²³.

Tutto questo esige di tener conto non solo del codice civile, ma della complessità delle fonti a partire dall'art. 117 della Costituzione e dall'ordinamento comunitario che innova sostanzialmente i criteri interpretativi influenzando sulla stessa attuazione giurisprudenziale dei modelli rimediali della nullità-rideterminazione e della validità-risarcimento. Vediamo come.

4. Gli obblighi di informazione e la fase precontrattuale.

L'utilizzo della responsabilità precontrattuale da parte della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione valorizza in modo del tutto convincente il secondo modello e rafforza l'idea che la buona fede sia una regola di valutazione dei contegni e solo indirettamente di correzione dell'atto.

Le sentenze del 2005 e del 2007 della Corte di Cassazione hanno esteso l'obbligo di informazione e di buona fede oltre la fase pre-contrattuale e al di là della conclusione di un contratto invalido, come indica invece l'art. 1338 del codice civile. La conclusione di un contratto valido ma sconveniente per la presenza di un contegno in mala fede dell'altra parte implica responsabilità e risarcimento dei danni.

¹⁸ J. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p.28 "Essere giusto è pensare che la giustizia è ancora da compiere che essa può esigere ancora di più e andare oltre" (p. 28). "Ogni persona (oppure ogni gruppo di persone) convinta di sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto, convinta di fare la giustizia, di non dovere compiere lo sforzo di diventare più giusta, ogni persona di questo tipo è pericolosa. L'inizio della giustizia...consiste nel sapere che non si è mai sufficientemente giusti" (p.58). "La giustizia si fa sempre in funzione degli altri" (p.59).

¹⁹ G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.

²⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 116.

²¹ *Ibidem*, p. 117-118

²² *Ibidem*, p. 121-122,.

²³ È questa la conclusione che emerge anche dal sistema inglese su cui si veda il bel saggio di M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue Influence e della Unconscionability*, Padova, 2005, in part. p. 32.

Con ciò i giudici di legittimità hanno preso chiara percezione dell'autonomo rilievo del comportamento anche in presenza della fattispecie legale o negoziale, come la dottrina aveva indicato da tempo. La fattispecie dunque non azzerava il comportamento. La dichiarazione negoziale che contrasta con elementi noti o conoscibili all'altra parte non esonera da responsabilità. E' evidente l'importanza di un tale indirizzo.

Il comportamento indirizza l'analisi e la valutazione su una circostanza concreta e non astratta. Non implica il richiamo di una qualità astratta come quella di consumatore, investitore cliente o professionista, ma impone di esaminare il singolo rapporto e la posizione concreta del contraente.

D'altra parte l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione. Ciò perché il dovere di raccogliere un consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati²⁴.

Le conseguenze di tale sviluppo teorico sono chiaramente tracciate e resistono alle critiche recenti di una parte dei Giudici e della dottrina²⁵.

Gli argomenti utilizzati dai critici sono i seguenti: a) la concretizzazione della clausola di buona fede deve rimanere coerente con il sistema normativo, sicché non può essere rilevante sul piano del rapporto che precede la conclusione dell'affare una circostanza che sia irrilevante sul piano del contenuto negoziale e dell'adempimento; b) il criterio della responsabilità deve essere commisurato sempre alla fattispecie negoziale perché "la struttura di essa rappresenta pur sempre il limite" delle possibilità funzionali del rapporto²⁶.

Tale impostazione rigidamente formalista ha due difetti. Da un lato esaurisce la valutazione giuridica alla sola conformità ad una struttura, contro le acquisizioni della dottrina maturate dagli anni Settanta in poi.²⁷ Dall'altro vanifica il valore autonomo della

clausola generale che dovrebbe essere operativa entro i confini già dettati dalle norme esistenti. Il che è smentito sin dagli anni Sessanta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità²⁸.

La replica migliore può essere affidata ad una recente pronuncia che intende dare continuità al ruolo e alla funzione della responsabilità precontrattuale in ordine ai doveri di informazione²⁹. In essa si precisa che l'obbligo risarcitorio per violazione della buona fede a prescindere dalla conclusione e validità stessa del contratto fa parte oramai del diritto vivente in coerenza anche con "i principi attestati in ambito europeo" (art. 2.301 comma 2 dei *Principles of European Contract Law*)³⁰.

5. Causa in concreto e contrarietà a norma penale.

Sempre più spesso la condotta posta in essere dal soggetto è potenzialmente idonea a ledere interessi protetti da diverse norme giuridiche e il giudice deve valutare illeciti pluri-offensivi. Il fatto insomma deve essere confrontato con diverse fattispecie astratte che valutano aspetti diversi³¹.

Si può integrare allo stesso tempo una responsabilità contrattuale o extracontrattuale e più spesso norme speciali si possono occupare dello stesso fatto.

In questo sistema multilivello vi è un campo di analisi privilegiato per la individuazione di norme imperative.

Basta pensare agli illeciti societari. Le false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) e l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità Indipendenti espongono i responsabili ad una sanzione penale, civile e amministrativa della società (ai sensi del Decreto legislativo n. 231 del 2001). Le manipolazioni del mercato sanzionate dalla Direttiva sul *market abuse* e dalla normativa sul t.u.f. e il t.u.b. sono soggette al controllo del giudice penale, civile e della Consob. D'altra parte il reato di corruzione rileva come illecito penale, erariale, amministrativo,

²⁴ Cass., 29 settembre 2005, n.19024; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 entrambe in *Foro it.* 2006, I, 1105 ed *ivi* 2008, I, 784.

²⁵ Così E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795 in *Foro it.*, 2009, I, 440, ma v. già G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245; ID., *Buona fede "in contrahendo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.

²⁶ Così E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit.

²⁷ v. da ultimo G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Il contratto in generale*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2007.

²⁸ v. solo per i riferimenti giurisprudenziali citati G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, p. 104; ID., *Centralità del giudice e filtro in Cassazione*, *ivi*, 2010, p. 486 ss; ID., *L'abuso del diritto*, *ivi*, p. 166.

²⁹ Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (estensore Rordorf), in *Foro it.*, 2010

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Traggo queste osservazioni dal volume di M. Rabitti, *Contratto illecito e norma penale (Contributo allo studio della nullità)*, Milano, 2000, p. 27.



tributario e civile in presenza di un contratto illecito.

Il contesto giuridico che risulta da questo intreccio di regole e principi è stato affrontato di recente dalla giurisprudenza teorica e pratica.

Anzitutto le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto la efficacia vincolante del giudicato penale nel giudizio civile o amministrativo per le sole sentenze di assoluzione, mentre nelle ipotesi di proscioglimento per prescrizione o amnistia ha statuito che il giudice civile “tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente e autonomamente rivalutare il fatto in contestazione (se del caso procedendo ad un diverso riparto della percentuale di responsabilità tra i coautori dell’illecito rispetto a quella stabilita dal giudice penale)”.³²

D’altra parte si tratta di precisare se può essere dichiarata la nullità quanto il contenuto contrattuale sia contrario alla norma penale anche se non è integrato il requisito psicologico della colpa e del dolo.³³

Un indizio positivo in tal senso si può trarre di recente, ai fini del risarcimento del danno, nelle famose sentenze sul danno non patrimoniale³⁴. La Corte Costituzionale ha precisato che “il riferimento al reato contenuto nell’art. 185 c.p. non postula più la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato, ma solo di una fattispecie corrispondente, nella sua oggettività, all’astratta previsione di una figura di reato”.

Da ciò emerge conclusione importante³⁵. Il giudice civile non è tenuto a valutare l’elemento psicologico (dolo, colpa), come il giudice penale, perché ciò che rileva ai suoi fini non è il perfezionamento del reato ma la sussistenza del fatto di reato, intendendosi per tale l’elemento materiale costituito dalla condotta, dall’evento e dal nesso causale. Sotto questo ultimo profilo i chiarimenti più recenti sono assai significativi.

³² Cass., 26 gennaio 2011, n.1768.

³³ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit. Come si è osservato la giurisprudenza penale pur escludendo l’elemento soggettivo ha ravvisato la presenza degli elementi oggettivi del reato di peculato nel caso in cui fossero pagate somme di denaro pubblico in mancanza di un espresso obbligo dell’Ente e diritto del beneficiario. E in conseguenza a ciò il giudice civile ha dichiarato la nullità di una compravendita per contrasto con la norma penale ritenendo illecita la causa di scambio in un ipotesi in cui l’immobile doveva essere acquisito all’Ente in virtù di una previsione contrattuale che escludeva il corrispettivo per l’acquisizione dei beni a titolo indennitario.

³⁴ Cass., 19 novembre 2007, n. 23918; Cass., 26 giugno 2008 n. 16810; Cass., 3 marzo 2009, n. 5057.

³⁵ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit.

La distinzione fra causalità materiale e giuridica precisata dalla Cassazione a sezioni unite è confermata e chiarita³⁶. Per accertare l’illiceità del fatto valgono le norme sulla causalità previste dagli articoli 40 e 41 del codice penale e diversa sarà la loro prova nel giudizio penale, ove si dovrà accertare la causalità oltre ogni ragionevole dubbio, e nel giudizio civile ove sarà sufficiente la prova del più probabile che non. Una volta riferito il fatto al suo autore o ai suoi autori si dovrà accertare, in sede civile, la risarcibilità del danno ai sensi di una causalità giuridica espressa dall’art. 2223 c.c.. E tale giudizio potrà portare ad attribuire a ciascuno dei responsabili un danno diverso anche a seconda del diverso grado di intensità causale della condotta.³⁷

Una valutazione analoga può essere possibile confrontando l’elemento materiale del reato e il contenuto del contratto ai sensi dell’art. 1418 c.c. alla ricerca di limiti inderogabili alla autonomia negoziale dei privati.

6. L’abuso della libertà contrattuale.

a) Abuso e controlli sull’autonomia privata. Uno sguardo al passato.

L’abuso contraddice la dogmatica del diritto soggettivo ed è anche uno strumento di controllo della libertà e del potere dei privati. Il che evoca una prima indicazione sulla sua configurazione teorica. Si tratta di un principio interno e comunitario che racchiude giudizi, criteri, regole diverse fra loro sicché, per un uso corretto della figura, occorre diffidare dell’astrazione, procedere ad un’analisi differenziata³⁸ ed esaminare come si arrivi al suo pieno riconoscimento giurisprudenziale.

Cominciando da questo ultimo aspetto.

Si è già detto che per lungo tempo il sistema positivo è stato analizzato come un’insieme di regole capaci di fissare, in modo rigido, i poteri e il loro esercizio³⁹. Si capisce come in questa fase del pensiero giuridico l’abuso era considerato un concetto ambiguo e contraddittorio. L’esistenza di un diritto implicava di prestabilire gli effetti di una condotta. Titolarità ed esercizio erano complementari: se la condotta era conforme al diritto si producevano gli

³⁶ Cass., 11 gennaio 2008, n. 581.

³⁷ V. da ultimo, Cass., 21 luglio, 2011, n.15991, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 1672 ss.

³⁸ V. sul punto G. VETTORI, *L’abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obb. Cont.*, 2010, p. 166 ss. ma vedi per una diversa posizione F. ADDIS, *Sull’excursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, in *Obb. Contr.*, 4, 2012, p. 245 ss.

³⁹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

effetti, se la condotta era difforme non si producevano gli effetti⁴⁰. Sfumava così il problema dell'abuso. L'esercizio corretto dei diritti non era abuso, l'esercizio scorretto era illecito.

La figura insomma non trovava una giustificazione nei dogmi. Il rimedio sfuggiva alla logica e al modo di pensare del tempo e una critica decisiva a questo sistema di pensiero, non poteva che essere opera della filosofia che non ha tardato infatti ad intervenire.

Il positivismo si basava su di un fondamento chiaro, l'idea che in ogni sistema ci fosse un criterio comune riconosciuto per determinare quali *standards* valgono come diritto e quali no⁴¹. Identificata la regola giuridica, secondo questo criterio, si trattava di seguire il metodo della conformità, ma è stato dimostrato che un *test* per accertare con sicurezza ciò che è giuridico, non esiste in sistemi complessi, che dunque non si può tracciare una distinzione definitiva tra criteri giuridici e criteri *latu senso* morali⁴².

Ne sono prove le Costituzioni del novecento, che contengono regole e principi con pari giuridicità e capacità di essere fonte di diritti e di doveri⁴³. Dall'intreccio di principi che emergono dall'ordinamento nascono diritti e obblighi e tale conclusione la si legge sempre più spesso nelle sentenze.

Ciò apre una serie di interrogativi delicati ma indica una direzione precisa: il positivismo che esige conformità a regole date, non riesce a convincere, perché si ferma prima dei casi difficili e delle scelte tragiche senza dare risposte. Solo ricorrendo ai

⁴⁰ M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* in *Obb.Contr.*, 2010, p. 172 ss.; ma vedi il classico studio di P. RESCIGNO, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 e di recente C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso di diritto*, Milano, 2007; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso di diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

⁴¹ V. ancora N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992; ID., *Profilo ideologico del '900*, Milano, 1990.

⁴² Essenziali al riguardo gli studi di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, nuova ed. it., Bologna, 2010, ed ivi, *Il modello delle regole*, p. 37 ss.; ID., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, ed ivi *Trenta anni dopo*, p. 204 ss., ma sono fondamentali in Italia gli studi di un grande giurista di civil law come L. MENGONI di cui si veda almeno *Diritti e valori*, Bologna, 1985; *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, p. 636 ss; *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

⁴³ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2001, p. 10; *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit, p.120 ss.; *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, ivi, p.141 ss.

principi si possono trovare le risposte efficienti in una società evoluta e complessa.

Sul finire degli anni Settanta⁴⁴, come si è detto, muta lo scenario⁴⁵. L'analisi strutturale, smarrita di fronte alla difficoltà di qualificare l'abuso, non convince più e la figura comincia ad emergere sempre con più forza.

b) La centralità del giudice e la natura pratica del diritto.

Centrale è la consapevolezza che le norme costituzionali sono direttamente applicabili anche se prive di una fattispecie ed emerge con chiarezza che il potere del giudice non è un'anomalia se fonda la sua decisione su un principio⁴⁶, ma riflette anzi la profonda trasformazione della forma democratica dovuta all'affermarsi dei valori costituzionali⁴⁷.

Il modello della rivoluzione francese era chiaro: la legge era lo strumento primario per assicurare l'eguaglianza contro il privilegio. Dunque occorreva consegnare i principi alla politica, riferire la legge al Parlamento e confinare l'interprete sullo sfondo. Questo modello ha inciso sui Codici e Statuti ottocenteschi che delimitavano l'organizzazione dello Stato senza affermare e garantire i diritti. Le Costituzioni del novecento hanno prodotto una forte discontinuità nel valorizzare diritti e principi affidati alla tutela diretta della giurisprudenza la cui funzione è stata intesa in modi molto diversi. Alcuni hanno posto l'accento su di una rivincita del popolo sovrano e su un riequilibrio tra poteri, ma la soluzione più convincente non è questa. Non si tratta di prevalenza ma dell'affermazione della natura pratica del diritto⁴⁸.

⁴⁴ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., con prefazione di G. Losano.

⁴⁵ su questa vicenda mi permetto di richiamare G.VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 2 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti

⁴⁶ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁷ M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 3 ss. ma v. le belle pagine di P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, p. 382. sulla mentalità della prassi e riflessione canoniche: "E' una mentalità empirica che privilegia il particolare di un atto, le circostanze umane in primo luogo...quella giustizia che si riesce a raggiungere dopo aver soppesato minuziosamente tutte le circostanze, sempre tenendo conto di quel soggetto singolo carico di fragilità umane e quindi meritevole di misericordia in forza della sua debolezza". Da ciò il parallelo con



La verità è che ci sono dei casi dove solo un principio attuato dall'interprete in relazione alle circostanze del fatto⁴⁹, può dare la risposta più efficiente; il che non esclude affatto la funzione insostituibile del legislatore, ma implica solo di riconoscere che si ha diritto anche quando il giudice procede ed interpreta sulla base di un principio.

Questa trasformazione culturale è un dato di fatto e una realtà positiva se si afferma e si consolida un dialogo fra le Corti e la Scienza giuridica capaci assieme di costruire orientamenti, decisioni sicure, prevedibili, efficienti e ragionevoli. Su questi elementi si è costruita la millenaria storia e tradizione della *Common Law* ispirata ad una teoria della prassi capace di isolare ciò che non è durevole, e di stabilizzare ciò che deve orientare e divenire un precedente.

c) L'abuso in Europa e nella Carta dei diritti

Molte norme trattano dell'abuso in modo diverso in Italia e in Europa. Il nostro codice non ne parla. Il codice tedesco ne fa una menzione espressa e l'utilizza poi nella applicazione della clausola di buona fede. Molti ordinamenti recenti (dalla Grecia, al Portogallo, all'Olanda) introducono la figura, e dove non è inserita nella legislazione, l'abuso è affidato alla costruzione giurisprudenziale come in Francia ed in Italia.

Una delle definizioni più significative di abuso sta nel trattato di Lisbona e nella Carta dei diritti che, grazie a quel Trattato, ha avuto piena efficacia ed effettività negli ordinamenti che appartengono all'Unione Europea. Nell'articolo 54 si dice che nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute e nessuno può imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta.

Emergono da questa definizione una serie di indicazioni forti. L'abuso offre quelle valutazioni che completano la conformazione della situazione sog-

gettiva con un giudizio di liceità del comportamento o del risultato; è un criterio di valutazione che racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro.

Valuta comportamenti, controlla intenti e risultati, reprime approfittamenti o lesioni.

È un principio che si trae dall'ordinamento interno e comunitario che richiede, per essere operativo, la precisazione di una regola. *Il principio, insomma, deve essere trasformato in una regola tratta dall'ordine positivo individuando il rimedio per le conseguenze diverse a seconda della concreta rilevanza dell'abuso.*

Alcuni esempi confermano questo modo di procedere.

In materia tributaria la Corte di Cassazione parte dai principi di capacità contributiva (art. 53 comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53, comma 2) per affermare l'esistenza di un principio antielusivo che vieta al contribuente di trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto di alcune fattispecie.

La regola si trova nel dialogo con la Corte di Giustizia Europea. Attraverso il rinvio pregiudiziale, si chiede quando il contegno può dirsi abusivo e la risposta della Corte è chiara *quando il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell'operazione o delle operazioni controverse*. Altrettanto chiaro è il rimedio individuato: l'inopponibilità all'amministrazione dell'atto elusivo.

La sequenza è limpida : dal principio alla regola, al rimedio.

Più delicato è il controllo dell'autonomia contrattuale.

Non c'è dubbio che in Europa ed in Italia è emerso sempre più il rilievo di una asimmetria di potere tra le parti con un limite preciso, ma l'abuso di una posizione di forza o di debolezza di una parte, non è sufficiente alla eliminazione dell'atto. Un tale esito non si trova nella legge e neppure nei testi di principi (Principi Lando, CFR) perché all'abuso e alla debolezza deve aggiungersi qualcosa in più, l'incapacità, l'inesperienza, uno stato soggettivo rilevante.

Dunque, il principio va costruito trovando la regola nella precisazione dei mezzi di tutela invalidanti. Il nostro sistema è in piena evoluzione. Il principio di autodeterminazione del soggetto sta trovando uno spazio nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale . Il procedimento analogico all'interno della disciplina di settore (contratti tra consumatori, contratti tra imprese) è ipotizzabile, ma in tutti questi casi la regola va costruita con estremo rigore.

Diverso è il profilo della responsabilità. Se il potere o se il comportamento scorretto incide su un

l'ordinamento civile. "Noi giuristi laici siamo oggi malati di formalismo. Certo abbiamo bisogno di categorie formali perché il sapere giuridico è scienza ordinante, ma non ci rendiamo sempre conto che talvolta queste tendono a separarci da una realtà che è mobilissima. La legge, la logica, il sistema, l'insieme delle forme talvolta tendono a distaccarsene. E allora si verifica tragicamente il declino del diritto, perché abbiamo una cortecchia separata dalla sua sottostante linfa sociale economica culturale. Questo rischio il diritto canonico non lo può correre, perché sarebbe il totale discredito...dell'ordinamento della Chiesa: un ordinamento giuridico ridotto a una vera mostruosità storica. In questo caso l'accusa luterana avrebbe veramente un grosso senso".

⁴⁹ P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, p. 38 ss.

comportamento, il giudizio sarà molto più semplice perché l'utilizzo della buona e mala fede e della clausola generale, nel nostro ordinamento, da parte della Cassazione è molto diffuso.

D'altra parte l'abuso e la buona fede sono largamente nozioni coincidenti. Il primo può ipotizzarsi al di là di un atto di autonomia privata, la seconda si riferisce ai conegni che accompagnano il contratto, ma in questo ambito unitario, la valutazione non è diversa. Come la giurisprudenza ci mostra con sempre maggiore frequenza, utilizzando il principio di solidarietà, la repressione di comportamenti arbitrari o elusivi nell'esercizio di un diritto, la tutela di un ragionevole affidamento o la repressione di comportamenti lesivi del divieto del *venire contra factum proprium*".

Le conseguenze anche qui sono chiare. Risarcimento o inesigibilità della clausola che sia contraria alla buona fede.

Insomma la centralità della *iurisdictio* e la scoperta dell'abuso non è affatto una anomalia, ma un sintomo di una trasformazione culturale di cui occorre acquisire piena consapevolezza. Senza timori.

7. L'interpretazione di buona fede.

Le opinioni più risalenti spiegano la norma (1366 c.c.) con l'esigenza che l'interpretazione si svolga in modo conforme alle "intenzioni delle parti e allo scopo che esse si sono proposte contrattando"⁵⁰. Ma si è osservato esattamente che la fedeltà alla volontà comune è già richiesta dall'art.1362. Sicché quando essa esiste ed è manifestata non c'è bisogno dell'art.1366 per darle forza.

Abbandonata l'equivalenza fra buona fede e volontà è prevalso un significato oggettivo. Da qui l'idea che la buona fede espliciti il rilievo di una "reciproca lealtà di condotta per le parti" espressa dal principio di affidamento. Secondo Cesare Grassetti "data una dichiarazione che la controparte aveva il diritto di intendere in un dato senso...questo senso sarà rilevante per il diritto e il dichiarante non potrebbe invocare un significato diverso". Interpretare secondo buona fede, dunque, per questa famosa ricostruzione, significa mettersi nella disposizione di chi debba prendere cognizione⁵¹.

⁵⁰ M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo ad una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, p. 143 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, p. 108; N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1966, p. 25.

⁵¹ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, p. 197.

Ma ciò non è convincente perché il contratto non è l'isolata dichiarazione di una parte. Non c'è un dichiarante e un destinatario e i contraenti partecipano delle due qualità. C'è un programma voluto da entrambi da individuare in concreto e su questo dalle sentenze di legittimità più recenti si traggono indicazioni preziose⁵².

La clausola di buona fede amplia i diritti e gli obblighi delle parti, dunque il criterio interpretativo che richiama quella clausola impone di tener conto di tale integrazione e indica all'interprete la necessità di individuare il contenuto effettivo dei diritti e dei doveri delle parti e di ricercare il senso più rispondente ad un'attività corretta delle parti⁵³. Il nesso fra contegno esecutivo scorretto e regola interpretativa si trae anche dal piano processuale perché quando si fa valere un contegno in mala fede di una parte, disatteso dal giudice di merito, si deve denunziare nel ricorso per cassazione, a pena di inammissibilità, la violazione della regola interpretativa⁵⁴.

8. L'equità e la rinegoziazione.

Sull'equità mi sento ancora di condividere la posizione di Sacco⁵⁵. Essa non ha rilievo generale sulla struttura. Il contratto iniquo non ha un trattamento generalizzato né una sanzione generale. Ha rilievo solo in presenza di una norma e l'art. 1374 ha il senso di richiamare in via riassuntiva tutte le indicazioni specifiche che trattano di equità correttiva. Ma queste norme vanno valutate in merito alla loro eccezionalità, caso per caso. Spesso non sono affatto eccezionali ma estensibili per analogia *iuris* tutte le volte che emerga dalle fonti un "principio ordinatore della materia" (v. art. 7 legge sui ritardi di pagamento ma anche art. 5 legge sul divorzio).

E' sempre più avvertita invece l'idea che nei "contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, (l'equità esige che) si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno". In tale opera costruttiva "gli italiani partono favoriti in virtù degli articoli 1366,1375 e soprattutto in virtù dell'art.1374"⁵⁶.

⁵² R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 2004, p. 369 ss.

⁵³ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 344 ss.

⁵⁴ Così Cass., 11 agosto 2000, n. 10705, in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 345 ss. ed ivi ulteriore giurisprudenza.

⁵⁵ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 410 ss

⁵⁶ v. ancora *Ibidem*, p. 541 ss.



Ha un preciso rilievo in tal caso la categoria dei contratti relazionari e di durata che trova ora un riferimento normativo nella legge sul contratto di rete ove si richiede necessariamente una specifico riferimento alla durata del contratto e alle relative ipotesi di recesso.

9. Conclusioni.

Sono convinto insomma che le clausole generali consentano di adeguare i rimedi all'evoluzione normativa della società, siano di aiuto nell'abbandonare una mentalità vecchia e strumenti invecchiati", possano servire per guardare da sotto in su, partendo dalle cose e dai fatti. Ciò senza perdersi in "un'arcana impenetrabile sapienza quotidiana"⁵⁷, e senza abbandonare la ineliminabile fatica del concetto.

Credo anche che la diffidenza e i dubbi di legittimità sull'uso dei principi e delle clausole generali sia *contra legem* (1337, 1366, 1375 c.c.) e frutto del pregiudizio che "spetti solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale negando così al diritto civile, nelle sue articolazioni, la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci tramanda ora la *common law*"⁵⁸. Come ci ha ricordato Paolo Grossi "il legalismo e il formalismo allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente diritto e giustizia, essendo questa, misura di uomini carnali e di fatti carnali...". Se i giuristi all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse procederemo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia⁵⁹.

⁵⁷ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., p. 175.

⁵⁸ P. GROSSI, *La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p.95 ss.

⁵⁹ *Ibidem*

IL TRASFERIMENTO GENERAZIONALE DELL'IMPRESA E GLI INTERESSI DEL NUCLEO FAMILIARE: CONTRIBUTO ALLA RIFLESSIONE SULL'ATTUALITÀ DEL PRINCIPIO DI RISERVA DI UNA QUOTA.

| 242

Di Romina Alberti

Il trasferimento generazionale dell'impresa e gli interessi del nucleo familiare: contributo alla riflessione sull'attualità del principio di riserva di una quota (Romina Alberti)

SOMMARIO: 1. *Attribuzione dell'impresa e tacitazione dei diritti di legittima.* – 2. *Il principio della quota in natura entro la cornice teorica delle disposizioni a tutela dei legittimari.* – 3. *La crisi del principio di intangibilità quantitativa nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità.* – 3.1. *Segue. Disposizione di conguagli testamentari e compressione del principio della quota in natura.* – 3.2. *Segue. Implicazioni di una lettura estensiva dell'art. 560 c.c..* – 3.3. *Segue. Le Sezioni Unite del 2006 e il revirement giurisprudenziale in tema di effetti della rinuncia alla quota riservata.* – 4. *Considerazioni conclusive.*

1. Attribuzione dell'impresa e tacitazione dei diritti di legittima.

L'esigenza di assicurare la devoluzione unitaria di certi beni (di regola, *produttivi*), ovvero di orientare la successione nel modo più idoneo al sostentamento di taluni familiari, in una con la riflessione avanzata intorno alle c.d. successioni *anomale* e *qualificate*, inevitabilmente sollecita un'analisi sui contenuti (e la perdurante attualità) dei diritti che il nostro sistema successorio assegna ai legittimari e, in specie, sulla possibilità che per essi sia prevista una tacitazione *in valore*¹.

¹L'opera fondamentale per lo studio dei congegni negoziali, atti al trasferimento *post mortem* di beni produttivi o di beni volti al sostentamento di taluni soggetti, resta quella di A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, passim e, con riferimento alla c.d. "successione nell'impresa", il cap. III, 157 e ss.; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. notar.*, dir. da G. Perlingieri, VIII, t. 1, Napoli, 2003, passim e, in particolare, 207 e ss.; ID., *Testamento e istituti alternativi. Grandi questioni e pareri*, in *Tratt. teorico-pratico dir. priv.*, dir. da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2008, passim e, specialmente, 431 e ss..

In particolare, la distinzione, nell'ambito delle *successioni anomale*, tra successioni *separate*, riguardanti beni "distaccati" dalla massa ereditaria, e successioni *speciali*, relative a beni non separati, si rinviene in F. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1930, 672 e ss. e L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1999, 241 e ss..

In tema di "successioni anomale *ex lege*", cfr. A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 175-291, il quale ha auspicato una generale risistemazione del fenomeno successorio *in funzione* dell'interesse da salvaguardare (e, in particolare, della *natura* dei beni trasmessi e della *qualità* o dei *bisogni* dei soggetti chiamati); L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 221 e ss.; G. DE NOVA, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1979, I, 509-607; ID., *Successioni anomale legittime* (voce), in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 182-187. Cfr., ancora, AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del diritto successorio*, Padova, 1995, passim e, in particolare, i contributi di G. IUDICA, *Fondazioni, fedecommeserie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare*, 97-107 e R. WEIGMANN, *L'accomandita per azioni come cassaforte familiare*, 139-151.

La tendenza riformatrice volta, da un lato, al superamento del divieto dei *patti successori* e, dall'altro, all'approntamento di una tecnica alternativa di considerazione del legittimario si è,





La nuova fattispecie negoziale di cui all'art. 768bis c.c. (introdotta con la legge del 14 febbraio 2006, n. 55) traduce, per l'appunto, la preoccupazione del disponente, ora assecondata dal legislatore, di poter effettuare un trasferimento "mirato" dell'attività d'impresa, lasciando, al contempo, che *coloro i quali sarebbero legittimari al tempo dell'apertura della successione* ricevano il corrispondente pecuniario della propria quota in natura. A ben vedere, una riproposizione in versione contrattuale della divisione operata dal testatore (art. 734 c.c.)² nell'ipotesi in cui, considerata l'*indivisibilità* del bene, sia necessario garantirne l'attribuzione integrale, con onere dei *conguagli* a carico dell'assegnatario³.

Senonché non può tacersi come, su un piano per così dire più generale, il congegno predisposto dal legislatore del 2006 segni anche l'oltrepassamento di più angusti ambiti della legislazione speciale agraria e della disciplina codicistica in tema di società, per una direttiva di circostanziato ridimensionamento della posizione dei legittimari.

Ed invero, la c.d. "legge sul maso chiuso"⁴ ha stabilito che, a fronte dell'attribuzione unitaria del bene, dichiarato inderogabilmente "*indivisibile*", i coeredi "non assuntori" siano liquidati, in alternativa, con il pagamento di un *valore* determinato dal disponente (ma soggetto ad accettazione del designato e degli aventi diritto), di una somma concordata tra coeredi, ovvero fissata - in relazione al

"*reddito medio netto annuo presunto*" - dall'autorità giudiziaria.

In tal caso, l'assegnatario si obbliga, nei confronti della massa ereditaria (art. 15 L.p.), al pagamento di un prezzo *variabile* ed eventualmente commisurato all'effettiva *produttività* della cosa⁵. Il valore stabilito nel testamento (o, comunque, negoziato) può, infatti, discostarsi considerevolmente dalla rendita del maso e, in ogni caso, dalla sua stima *al tempo dell'apertura della successione*.

I legittimari devono, comunque, accontentarsi della liquidazione secondo i *valori agricoli medi determinati annualmente* (art. 19)⁶ - sicché viene prediletta una soluzione favorevole all'effettiva sostenibilità del debito dell'*assuntore* - e, infine, hanno diritto alla reintegrazione esclusivamente *pecuniaria* della loro *riserva* (art. 31)⁷.

Similmente, la "successione nel compendio unico", disciplinata dal D.lgs. del 29 marzo 2004, n. 99, obbliga il coerede assegnatario del bene (sottoposto a un vincolo di *indivisibilità decennale*) al pagamento ai legittimari dei conguagli in denaro, se, diversamente, il loro diritto non può essere soddisfatto *in natura*⁸.

⁵Il combinato tra gli artt. 16 e 20 della legge prevede, in particolare, che il disponente possa fissare il c.d. "prezzo di assunzione", ma che, "*in caso di mancata accettazione del prezzo .. da parte dell'assuntore o dell'assuntrice oppure dei coeredi o delle coeredi*", questo debba essere determinato d'accordo tra di essi, ovvero "*dal giudice in un unico procedimento*" (così, nell'ipotesi in cui nessun presso di assunzione fosse stato indicato nel testamento). "*Ai fini della stima del valore di assunzione del maso si tiene conto del reddito medio netto annuo presunto in base alla conduzione del maso secondo gli usi locali*" (art. 20, comma secondo).

⁶"... *ai sensi della legge provinciale 15 aprile 1991, n. 10, sull'espropriazione, senza applicazione del coefficiente di rivalutazione; nella valutazione è compreso anche il valore dell'annesso rustico e la cubatura residenziale utilizzata esclusivamente per scopi agricoli*" (art. 19).

⁷L'art. 31 della L.p. precisa, appunto, che il diritto dei legittimari non possa essere "*pregiudicato*" dalle proprie disposizioni e che, tuttavia, l'integrazione della quota debba avvenire "*con il pagamento di un corrispondente importo in denaro, determinato a norma dell'articolo 20, anziché in natura*".

⁸Cfr., in particolare, il nuovo art. 5-bis del D.lgs. del 18 maggio 2001, n. 228, così come modificato dall'art. 7 del D.lgs. n. 99/2004, che definisce *compendio unico* "*l'estensione di terreno necessaria al raggiungimento del livello minimo di redditività determinato dai piani regionali di sviluppo rurale per l'erogazione del sostegno agli investimenti previsti dai Regolamenti (CE) nn. 1257 e 1260/1999, e successive modificazioni*".

La stessa disposizione prevede che "*i terreni e le relative pertinenze, compresi i fabbricati, costituenti il compendio unico, sono considerati unità indivisibili per dieci anni dal momento della costituzione e durante tale periodo non possono essere frazionati per effetto di trasferimenti a causa di morte o per atti tra vivi*" (art. 7, comma quarto) e che "*qualora nel periodo di cui al comma 4, i beni disponibili nell'asse ereditario non consentano la soddisfazione di tutti gli eredi secondo quanto disposto dalla legge in materia di successioni o dal dante causa, si provvede all'assegnazione del compendio di cui al presente*

infine, tradotta nell'approvazione della disciplina del *patto di famiglia* (L. n. 55 del 14.2.2006, introduttiva degli artt. 768bis-768octies c.c.), con la quale, a fronte dell'assegnazione unitaria dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie al discendente designato, gli aventi diritto acconsentono alla trasformazione della loro quota di *riserva* (come diritto *sui beni ereditari*) nel *corrispondente pecuniario*, pagato dal beneficiario.

²Un tempo, c.d. "divisione d'ascendente" di cui all'art. 1044 e ss. c.c. del 1865 (*sub* Sezione VIII, *Della divisione fatta dal padre, dalla madre o da altri ascendenti fra i loro discendenti*, Titolo III del Libro III del codice civile, relativo ai *Modi di acquisto della proprietà*: "*Il padre, la madre e gli altri ascendenti possono dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti, comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile*").

³Invero, come "*indivisibilità*" in senso *economico* o *funzionale*, atteso che l'azienda e/o le partecipazioni, pur realmente frazionabili, perderebbero verosimilmente gran parte del loro valore, se divise. Tale concetto risulta chiaro con riferimento a quelle *universalità*, il cui valore è sempre maggiore della somma dei valori delle singole parti (c.d. "*universitas facti*").

⁴Legge provinciale di Bolzano del 28 novembre 2001, n. 17. L'ordinamento masale era originariamente regolato dal c.d. T.U. del 1962 (decreto di Giunta provinciale del 7 febbraio 1962, n. 8), di seguito modificato con L. del 25 luglio 1978, n. 33. L'attuale legge del 2001 è stata, a sua volta, variamente novellata con L.p. del 20 giugno 2005, n. 4; con L.p. del 23 luglio 2007, n. 6; con L.p. del 10 giugno 2008, n. 4 e, infine, con la recente L.p. del 22 gennaio 2010, n. 2.

La particolare rilevanza accordata al socio di società di persone costituisce la ragione per la quale l'evento morte è causa di scioglimento parziale del vincolo societario, con consequenziale liquidazione agli eredi del socio premorto - tra i quali, eventualmente, i legittimari - del valore della partecipazione (c.d. regola della *intransmissibilità* della quota, prevista dall'art. 2284 c.c.)⁹.

Tuttavia, la maggiore o minore propensione dei successibili all'attività di impresa può motivare l'introduzione, all'interno dello statuto della società, di clausole con le quali si consenta, a seconda delle circostanze, il subentro dell'erede nella compagine sociale (*clausole di continuazione*)¹⁰, ovvero l'accrescimento della partecipazione ai soci superstiti, con liquidazione del relativo valore a vantaggio dei legittimari (*clausole di consolidazione o consolidamento*).

All'opposto, la normale trasferibilità delle quote di società di capitali può comportare l'ingresso di successibili non idonei alla gestione dell'attività, fatta sempre salva l'approvazione di clausole statutarie (o di patti parasociali) attraverso cui sia limitata, se non vietata del tutto, la trasmissione della partecipazione. L'acquisto dello *status* di socio può, pertanto, essere subordinato al gradimento o al "mero" gradimento degli organi sociali (*clausole di gradimento*. V., in proposito, la nuova norma di cui all'art. 2355-bis c.c.)¹¹, oppure può formare oggetto

articolo all'erede che la richieda, con addebito dell'eccedenza. A favore degli eredi, per la parte non soddisfatta, sorge un credito di valuta garantito da ipoteca, iscritta a tassa fissa sui terreni caduti in successione, da pagarsi entro due anni dall'apertura della stessa con un tasso d'interesse inferiore di un punto a quello legale" (comma sesto).

⁹Cfr. l'art. 2284 c.c., dettato per la *società semplice* (artt. 2251-2290 c.c.) ma in realtà applicato anche alle *società in nome collettivo* (in virtù del richiamo operato dall'art. 2293 c.c.) e in *accomandita semplice*, relativamente alla successione nella quota del socio accomandatario (arg. ex artt. 2315 e 2322, comma primo, c.c.), secondo il quale "Salvo contraria disposizione del contratto sociale, in caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi, a meno che preferiscano sciogliere la società, ovvero continuarla con gli eredi stessi e questi vi acconsentano".

¹⁰La possibilità di introdurre *clausole di continuazione* nel contratto sociale è anch'essa prevista dalla norma dell'art. 2284 c.c., nella parte in cui offre l'alternativa ai soci della continuazione del rapporto con gli eredi del socio premorto, salva l'accettazione di questi.

Si distingue, peraltro, tra *clausole di continuazione facoltativa*, *clausole di continuazione obbligatoria* e *clausole di continuazione automatica* (o di *successione*), a seconda che i successibili siano, o meno, lasciati liberi di subentrare nel vincolo sociale in luogo del loro dante causa. Le *clausole di successione*, in particolare, riconducono all'accettazione dell'eredità l'acquisto automatico della qualità di socio (che in quella, evidentemente, è compresa). Cfr., in dottrina, M. Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, .

¹¹Cfr. l'art. 2355-bis c.c., introdotto dal D.lgs. del 17 gennaio 2003, n. 6, rubricato "Limiti alla circolazione delle azioni":

di un diritto di opzione o di prelazione conferito, nell'ipotesi di alienazione *inter vivos*, a favore dei soci superstiti.

Il subentro in società dell'erede e la contestuale assegnazione ai terzi di funzioni manageriali può infine realizzarsi con l'adozione del modello della società in accomandita (*semplice e per azioni*)¹²: il soggetto incline alla gestione dell'impresa assume, infatti, la qualità di accomandatario, sicché la "separazione" tra *finanziamento* ed *esercizio* dell'attività rende possibile il temperamento tra interessi produttivi e interessi della famiglia.

La recente introduzione del *patto di famiglia*, in definitiva, si inserisce nel solco delle ricordate sperimentazioni¹³, e se, da un canto, allarga l'orizzonte

"Nel caso di azioni nominative ed in quello di mancata emissione dei titoli azionari, lo statuto può sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento.

Le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante; resta ferma l'applicazione dell'articolo 2357. Il corrispettivo dell'acquisto o rispettivamente la quota di liquidazione sono determinati secondo le modalità e nella misura previste dall'articolo 2437-ter.

La disposizione del precedente comma si applica in ogni ipotesi di clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, salvo che sia previsto il gradimento e questo sia concesso.

Le limitazioni al trasferimento delle azioni devono risultare dal titolo".

¹²Cfr., quanto alla società in accomandita semplice, gli artt. 2318 e 2320 c.c., dai quali discende l'assoluto divieto di ingerenza dei soci accomandanti nell'attività amministrativa esercitata dagli accomandatari, pena l'assunzione dell'eguale responsabilità solidale e illimitata e, con riferimento alla società in accomandita per azioni, gli artt. 2452 e 2455 c.c., da cui derivano identiche conseguenze.

In entrambi i casi, la possibilità di revoca degli amministratori consente ai soci accomandanti di esercitare un controllo sulla conduzione dell'attività. L'eventuale aggiunta di clausole di consolidazione al contratto sociale può, inoltre, determinare l'accrescimento della quota del socio accomandante premorto all'accomandatario, così realizzando un'ipotesi di successione anomala per contratto.

¹³Si discute, in effetti, sulla previsione di una successione *mortis causa* qualificata, nell'ambito dell'impresa familiare di cui all'art. 230bis, comma quinto, c.c.. La norma attribuisce un diritto di prelazione a favore dei familiari che lavorino continuamente nell'impresa (coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo), così nell'ipotesi del "trasferimento" dell'azienda, come in quello della divisione ereditaria, e lo stesso art. 768bis c.c., relativo al patto di famiglia, postula la compatibilità del nuovo contratto con le disposizioni in tema di impresa familiare. Le incertezze riguardano, infatti, la conciliabilità tra le attribuzioni a causa di morte (aventi natura di liberalità) e la necessaria onerosità dell'acquisto del prelazionario (per una generale ricognizione, cfr. Ghidini, *L'impresa familiare*, Padova, 1977, passim e F. Corsi, *Il regime patrimoniale della fami-*



applicativo che ad esse può riferirsi, introducendo un intero Capo nell'ambito del titolo IV del Libro II, dall'altro, irrobustisce l'apparato rimediabile per così dire "di corredo", prevedendo il nuovo effetto inibitorio dell'azione di riduzione e della collazione relative all'azienda¹⁴.

Nondimeno, la possibilità di ragionare *in termini sistematici* sulla concezione della legittima quale diritto di credito impinge il principio della sua *intangibilità quantitativa*, per il quale "il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari" se non nell'ambito delle eccezioni previste in tema di divisione (così l'art. 549 c.c.). E, difatti, i "pesi" e le "condizioni" sopportati potrebbero anche tradursi nell'imposizione di *liquidazioni* del valore della quota quando il denaro assegnato non fa parte dell'asse, atteso che il legittimario ha diritto "ad una data quantità" di beni ereditari¹⁵.

La dottrina e la giurisprudenza, con indirizzo che può ormai ben dirsi costante, escludono, in effetti, che la porzione riservata *debba* comporsi di una parte di *ogni* cespiti della massa (escludono, cioè, la sussistenza di un preteso principio di intangibilità *qualitativa*); resta, quindi, da comprendere se, *in via interpretativa*, il diritto dei legittimari possa ulteriormente specificarsi quale diritto ad un *valore corrispondente* e se tali aspettative successorie, in linea con l'affermata esigenza del "sostentamento" familiare, possano reputarsi soddisfatte dalla *quantità* assicurata per legge.

Tali perplessità si fondano, soprattutto, sul raffronto con il modello tedesco della *Pflichtteil*, la quale è *credito alla metà della quota* spettante *ab intestato*; i legittimari sono assistiti, in quel caso, da una tutela *obbligatoria*, contro la preterizione o la lesione della loro quota nel testamento¹⁶.

glia, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984, VI, t. II, 203 e ss.).

¹⁴L'art. 768quater c.c. dichiara "quanto ricevuto dai contraenti non .. soggetto a collazione o a riduzione" (per la verità introducendo legittimi dubbi sull'estensione di tale esonero).

¹⁵L. MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2000, 99.

¹⁶Il § 2303 del BGB stabilisce, infatti, che "Se un discendente del testatore è escluso dalla successione da disposizioni a causa di morte, egli può richiedere la sua quota obbligatoria all'erede. La quota obbligatoria consiste nella metà del valore della quota di eredità per legge.". Il successivo § 2305 aggiunge: "Se ad una persona avente titolo alla quota obbligatoria è lasciata una quota di eredità minore della metà della quota di eredità per legge, la persona avente titolo alla quota obbligatoria può chiedere ai coeredi come sua quota obbligatoria la somma mancante per integrare la quota della metà".

2. Il principio della *quota in natura* entro la cornice teorica delle disposizioni a tutela dei legittimari.

Le difficoltà interpretative legate all'art. 549 c.c. derivano, essenzialmente, dal rapporto di tale disposizione con il proprio antecedente storico, ossia con la norma dell'art. 808 c.c. del 1865, a tenore del quale: "La porzione legittima è quota di eredità: essa è dovuta ai figli, discendenti o ascendenti in piena proprietà e senza che il testatore possa imporvi alcun peso o condizione"¹⁷.

Nella rielaborazione della suddetta norma, il legislatore del '42 ha scelto di riproporre esclusivamente la precisazione relativa al divieto di "pesi" e/o "condizioni" sulla *riserva*; autorevole dottrina ha, nondimeno, sottolineato come l'identificazione della legittima con una quota di eredità sia già sottesa al sistema della successione necessaria, in considerazione dei numerosi richiami operati, nel complesso delle disposizioni precedenti, alla delazione a titolo universale.

L'attuale art. 549 c.c. afferma, pertanto, che "il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari, salva l'applicazione delle norme contenute nel titolo IV di questo libro", ossia delle norme relative alla divisione ereditaria.

L'interpretazione del divieto è piuttosto ampia, posto che in esso rientra qualunque disposizione idonea a gravare, "vel in quantità, vel in tempore", la porzione riservata e purché i suoi effetti lesivi - nel caso si tratti di lasciti a favore di persona determinata - si producano entro il circoscritto confine della legittima.

È visione assolutamente condivisa quella secondo cui il legittimario non possa aver diritto a una porzione di *tutti* i beni ereditari, quanto, piuttosto, ad una *data quantità*, proporzionale al valore della quota, dei cespiti della massa: il principio di "intangibilità" ricavato dalla norma di cui all'art. 549 c.c. ha, in altre parole, carattere *quantitativo* e non *qualitativo*. Tale lettura discende dalla fattispecie della *institutio ex certa re* (art. 588, cpv., c.c.), vale a dire dalla possibilità, per l'ereditando, di attribuire beni determinati *in funzione di* quota e, quindi, di comporre, direttamente o indirettamente, il contenuto della porzione *legittima*.

Il principio della *quota in natura*, fondato sulla disposizione di cui all'art. 549 e sintomatico, per l'appunto, del concetto di intangibilità in senso quantitativo, implica la pretesa del riservatario a che la sua porzione sia esclusivamente formata con beni

¹⁷Cfr. A. BRUNO (a cura di), *Codice civile del Regno d'Italia illustrato con le principali decisioni delle Corti del Regno*, Firenze, 1913, sub art. 808, 270-271.



del *de cuius* e a che egli non debba trovarsi costretto a subirne la trasformazione in *valore*.

La legittima non è, tuttavia, *necessariamente* dovuta “in piena proprietà”, come nell’affermazione dell’antica disposizione del codice del 1865.

Le disposizioni a titolo universale attribuiscono l’*universalità* o una *quota* “dei beni del defunto” (art. 588, comma primo, c.c.) e, peraltro, la “quota” è una “frazione aritmetica del *tutto*”, un’*eguale* parte dei rapporti giuridici, attivi e passivi, trasmessi dall’ereditando¹⁸: essa include, pertanto - secondo un’osservazione piuttosto pacifica - *diritti* di ogni “tipo” (non solo *proprietà piene* o diritti reali), sol che questi si trovino già compresi nell’asse ereditario.

La riserva non è “quota super-ereditaria”, ma *deve* avere ad oggetto le *stesse* posizioni giuridiche facenti capo al *de cuius*. Il “divieto di pesi e condizioni” indica, pertanto, il diritto del legittimario a che la *natura* delle situazioni ereditate resti, con riferimento al contenuto del patrimonio, *inalterata*. L’eredità può, infatti, ben comprendere diritti assoluti e relativi, proprietà “piene” ovvero vincolate, soggette a condizione o gravate da altrui diritti reali di godimento e di garanzia¹⁹.

¹⁸Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di Diritto civile*, II, Napoli, 1961, 660, che definisce “quota”, “nel senso dell’art. 760” (vigente il codice del 1865) “*soltanto una frazione aritmetica, numericamente espressa, dell’universum ius, il risultato di una divisione, non di una separazione dal tutto*”; C.M. BIANCA, *Diritto civile. II. La Famiglia - Le Successioni*, Milano, 1981, 421-422: “L’eredità è il complesso delle posizioni giuridiche attive e passive che si trasmettono dal defunto ai suoi successori [...] L’erede, precisamente, è colui che subentra nella generalità delle posizioni attive e passive del defunto o in una quota di essa, eccettuati i diritti specificamente attribuiti ai successori a titolo particolare”.

¹⁹Di tale avviso F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 659, sub nota (1), secondo cui: “La spettanza al legittimario di una quota in piena proprietà va intesa nel senso che al legittimario, insieme agli altri eredi, spetti di succedere nella stessa posizione giuridica generale dell’ereditando, rimanendo escluso che egli possa essere collocato in una posizione giuridica qualitativamente diversa, come avviene nella successione in beni determinati o nell’usufrutto del patrimonio o di una quota”. Il legittimario, proprio per questo, può ritrovarsi titolare di diritti reali “minori” “o comunque diversi dal diritto di proprietà, a seconda della composizione del patrimonio ereditario”.

Questo è, altresì, il senso del chiarimento di L. MENGONI, *op. cit.*, per il quale “.. la parola “condizioni”, in contrapposto a “pesi”, sta a significare che sono vietate non solo le modalità onerose, ma qualsiasi modalità che, pur non intaccando il valore dei beni costituenti la legittima, valga a modificare la posizione giuridica del legittimario rispetto ai medesimi” (93) e “Il legittimario ha diritto di essere soddisfatto con beni ereditari: al testatore non è consentito di disporre che in sede di divisione ereditaria la quota di un legittimario sia formata con un credito verso i coeredi all’equivalente in denaro oppure mediante smembramento di diritti ereditari, cioè con solo usufrutto o sola nuda proprietà” (99).

Ad opposte conclusioni sembrerebbe, invero, condurre la lettura delle norme di cui agli artt. 550 e 561 c.c., ossia delle disposizioni relative alla c.d. *cautela sociniana* e alla restituzione *libera* degli immobili donati o legati dall’ereditando, dai “*pesi*” e dalle “*ipoteche*” di cui il beneficiario possa averli gravati.

La prima di tali fattispecie assicura il diritto del legittimario alla conservazione della “piena proprietà” della cosa, nel suo significato di diritto al mantenimento della *qualità* della posizione giuridica trasmessa (allorché di *piena proprietà*, per l’appunto, si trattasse) e *non*, come detto, in quanto espressione di una più generale pretesa dei riservatari alla signoria assoluta sui beni dell’eredità.

Vero è che l’alternativa offerta dall’art. 550 c.c. sembra avallare lo “smembramento” del diritto ereditato, atteso il fatto che il legittimario può scegliere di eseguire la disposizione testamentaria, attributiva di una quota in nuda proprietà (o in usufrutto) superiore alla *riserva*²⁰. La norma fornisce, infatti, un rimedio peculiare per il caso in cui il reddito dell’usufrutto, della nuda proprietà o della rendita vitalizia legati o donati ecceda l’ammontare della porzione *disponibile*; purtuttavia è vero che, rispettando la volontà del defunto, il legittimario si accontenta di una quota “menomata”²¹.

Da qui la maggiore plausibilità di una lettura della norma che valorizzi la *specialità* della fattispecie ivi descritta e la conferma, semmai, del principio della quota in natura di cui all’art. 549 c.c., con consequenziale insufficienza ed inapplicabilità dei rimedi rappresentati, rispettivamente,

²⁰L’art. 550 c.c. prevede che il *de cuius* possa legare, a favore di un terzo o di altro successibile *ex lege*, l’usufrutto, la rendita vitalizia o, all’opposto, la *nuda proprietà* di uno o più beni (eventualmente anche della generalità: c.d. *usufrutto universale*, nel primo caso) ledendo la porzione riservata. Il legittimario viene, correlativamente, chiamato nella *nuda proprietà* o nell’usufrutto della sua quota di riserva e di tutto, o parte, della disponibile. Egli, quindi, a termini della disposizione, può scegliere se eseguire la volontà testamentaria (in pratica, componendo la sua quota con un diritto di godimento o con una proprietà non “piena”) ovvero “abbandonare” la disponibile al legatario e conseguire il suo diritto “integro”, ai sensi dell’art. 549 c.c. (“550. lascito eccedente la porzione disponibile. - Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, i legittimari, ai quali è stata assegnata la nuda proprietà della disponibile o di parte di essa, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione o di abbandonare la nuda proprietà della porzione disponibile. Nel secondo caso il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede. La stessa scelta spetta ai legittimari quando il testatore ha disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile [...]”).

²¹Così G. CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, Milano, 1982, I, 299 e ss..





dall'azione di riduzione e dalla sanzione di nullità della disposizione lesiva²².

Lo sconfinamento del valore del lascito entro il limite della quota di legittima sembrerebbe reclamare l'applicazione dello strumento di tutela previsto dall'art. 564 c.c.. L'esercizio dell'azione di riduzione postula, tuttavia, la capitalizzazione del valore dell'usufrutto, della nuda proprietà o della rendita (affinché ne sia accertata la lesività effettiva) e non è comunque immune alle ipotetiche variazioni del reddito della liberalità (da cui la c.d. "alea della capitalizzazione")²³, senza trascurare l'onerosità e il dispendio di tempo connessi con la proposizione di tale mezzo processuale.

L'azione di riduzione, peraltro, non risolve il punto fondamentale della questione, rappresentato, come visto all'inizio, dalla scomposizione del dominio ereditato in un diritto di usufrutto a vantaggio di altri (cui si equipara la costituzione di una rendita

vitalizia) e nella correlativa nuda proprietà a favore del legittimario, ovvero nella reciproca²⁴.

D'altro canto, la fattispecie descritta è esclusa dall'ambito di applicazione del rimedio della nullità della disposizione, previsto dall'art. 549 c.c..

La donazione o il legato di usufrutto, di nuda proprietà o di rendita vitalizia coprono tanto la riserva quanto la porzione disponibile: la sanzione della nullità non può, quindi, colpire l'attribuzione lesiva, posto che essa costituisce la reazione alla sola ipotesi di incidenza del peso *sulla quota riservata*²⁵.

È, in definitiva, evidente, da tutto quanto detto, come la norma dell'art. 550 c.c. risponda all'esigenza di assicurare l'integrità del diritto trasmesso dall'ereditando, nella peculiare ipotesi rappresentata dalla contrarietà del volere del testatore al principio della quota in natura.

L'applicazione del medesimo principio risulta, altresì, sottesa alla norma di cui all'art. 561 c.c.²⁶, la quale sancisce che gli immobili donati o legati dall'ereditando debbano essere restituiti, in conseguenza dell'accoglimento dell'azione di riduzione, "liberi da ogni peso o ipoteca" costituiti dal beneficiario.

Anche in questo caso, il conseguimento del bene "in piena proprietà" non è espressione del riconoscimento di un'apodittica pretesa del legittimario al dominio assoluto sui beni ereditari, quanto l'affermazione del suo diritto alla ricostituzione delle stesse posizioni giuridiche presenti nella sfera patrimoniale del *de cuius*.

Peraltro, la recente novella del 2005 - la quale ha modificato anche il disposto dell'art. 561 c.c. al fine di rafforzare la posizione dei terzi, nel caso in cui la riduzione sia domandata decorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione²⁷ - ha determinato solo lievi ricadute sul sistema della tutela reale del legittimario.

L'introduzione del termine ventennale ha, infatti, messo fine all'assolutezza della regola della restituzione dell'immobile *libera* da pesi e ipoteche, ma è stata anche accompagnata da molte precisazioni di

²²Cfr. L. MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 346 e ss., il quale spiega: "L'art. 550 è ordinato a tutela del legittimario, si inserisce nel sistema come mezzo di garanzia del diritto alla legittima in piena proprietà, destinato a sostituire non la sanzione eccessiva dell'art. 549 (che nella specie non sarebbe applicabile), ma la sanzione insufficiente della riduzione. La collocazione della norma immediatamente dopo l'art. 549 si giustifica perché, come questo, così quella è fondata sul principio per cui la legittima "è dovuta in piena proprietà" (art. 808 c.c. 1865), ma non significa che l'art. 550 deroga la regola di nullità dei pesi imposti sulla legittima" (347) "[...] Al fine di garantire al legittimario la legittima in piena proprietà la legge predispone un rimedio diverso dalla riduzione, indipendente dall'accertamento del valore della disposizione e quindi dal presupposto di una lesione quantitativa" (351). Riguardo all'inapplicabilità del rimedio della nullità di cui all'art. 549: "Cadono sotto la sanzione dell'art. 549 ... pure i legati posti a carico del legittimario istituito nella sola quota di legittima (c.d. mero legittimario), comportanti un'obbligazione o la costituzione, in tutto o in parte, della quota in godimento ad altri. In questo caso il legato non grava sulla disponibile o su una parte individuata di essa (mediante istituzione del legittimario in una quota superiore alla legittima) eccedendone il valore, secondo l'ipotesi dell'art. 554, ma è una disposizione (strutturalmente autonoma) che funge da modalità (peso) del lascito della (sola) legittima [...] Quando il legittimario è istituito in una quota pari (o inferiore) a quella riservata, è certo a priori, indipendentemente dall'inventario dei beni e dalla formazione della massa di calcolo di cui all'art. 556, che il legato posto a suo carico è interamente .. "senza effetto" (caduco), e quindi non si pone l'esigenza di salvaguardia dell'interesse del legatario cui provvede il requisito dell'art. 564. L'applicazione del rimedio automatico dell'art. 549 è qui giustificata anche da un criterio di economia processuale" (91-92).

²³Cfr. nuovamente L. MENGONI, *op. loc. cit.*, 348: "... è di prammatica rappresentare l'ipotesi di inesistenza dell'art. 550, per dire che il legittimario non avrebbe allora altro rimedio all'infuori della domanda di riduzione della disposizione nei limiti del valore della disponibile, provocando all'uopo la stima in capitale dell'usufrutto o della rendita. Se ne deduce che scopo della norma è di evitare l'alea della capitalizzazione, connessa all'incertezza sulla durata della vita dell'usufruttuario".

²⁴Cfr. L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Successione necessaria*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 110.

²⁵Cfr., ancora, M. GALLIZIA, sub art. 550 c.c., in V. Cuffaro e F. Delfini (a cura di), *Comm. cod. civ. Delle Successioni*, sub artt. 456-564, dir. da E. Gabrielli, Torino, 2009, 602.

²⁶Cfr. il primo periodo dell'art. 561, primo comma, c.c., secondo il quale "Gli immobili restituiti in conseguenza della riduzione sono liberi da ogni peso o ipoteca di cui il legatario o il donatario può averli gravati, salvo il disposto del n. 8 dell'articolo 2652".

²⁷Gli artt. 561 e 563 c.c. sono stati modificati dalla Legge del 14 maggio 2005, n. 80, recante, tra le altre, "disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azioni per lo sviluppo economico, sociale e territoriale" e pubblicata sulla GURI del 14 maggio 2005, n. 111.

contenimento relative, anzitutto, alla facoltà del legittimario di sospendere il corso del tempo utile, attraverso la notificazione e trascrizione di un atto, stragiudiziale, di opposizione alla donazione (arg. ex art. 563 c.c., parzialmente applicato al caso di specie)²⁸.

L'art. 2652, n. 8, c.c. aggiunge che, se la trascrizione della domanda di riduzione è effettuata "dopo dieci anni" dall'apertura della successione, la sentenza di accoglimento "non pregiudica i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso diritti in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda". Il meccanismo "sanante", infatti (del tutto eccezionale rispetto ai principi di *priorità della trascrizione* e di prevalenza dell'*affidamento* del terzo, acquirente a titolo oneroso) conferma l'estrema cautela con la quale il legislatore della stessa riforma ha ritenuto di dover incidere sul tradizionale sistema di soddisfacimento delle ragioni dei legittimari.

La tendenziale convalida della tutela "recuperatoria" si rinviene, altresì, nella disposizione di cui all'art. 563 c.c., la quale vanifica il tentativo di indebolimento del meccanismo reale con la testuale previsione della sospensione del termine ventennale²⁹, sicché le norme più significative, sotto l'aspetto

²⁸Testualmente, a questo proposito, l'art. 561, secondo comma, c.c. prevede che "I pesi e le ipoteche restano efficaci se la riduzione è domandata dopo venti anni dalla trascrizione della donazione, salvo in questo caso l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni, purché la domanda sia proposta entro dieci anni dall'apertura della successione. Le stesse disposizioni si applicano per i mobili iscritti in pubblici registri". L'art. 563, primo e quarto comma, aggiungono, rispettivamente, che il legittimario possa chiedere la restituzione degli immobili se "non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione" e che "... il decorso del termine di cui al primo comma e di quello di cui all'art. 561, primo comma, è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione [...]". Cfr., per i numerosissimi rilievi critici, F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 3-17.

²⁹Cfr. l'art. 563 c.c.: "Se i donatari contro i quali è stata pronunciata la riduzione hanno alienato a terzi gli immobili donati e non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, il legittimario, premessa l'escussione dei beni del donatario, può chiedere ai successivi acquirenti, nel modo e nell'ordine in cui si potrebbe chiederla ai donatari medesimi, la restituzione degli immobili [...] Il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in danaro. Salvo il disposto del numero 8) dell'articolo 2652, il decorso del termine di cui al primo comma e di quello di cui all'articolo 561, primo comma, è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. Il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile.

di un soddisfacimento alternativo del legittimario, continuano a rimanere quelle dell'inciso del primo comma, che privilegia l'escussione dei beni del donatario, e del terzo comma della disposizione, il quale ammette il sub-acquirente alla scelta tra la restituzione della cosa e il pagamento dell'equivalente.

Ancora, il principio della quota in natura trova chiaro riconoscimento nell'art. 560 c.c., il quale pone la regola della dazione in natura *degli immobili* oggetto di liberalità tra vivi o a causa di morte³⁰.

La parte occorrente a reintegrare il valore della quota di legittima deve essere "separata" dal bene legato o donato, seppur alla condizione che tale operazione possa avvenire "comodamente". Ed invece, in assenza della comodità richiesta, il legittimario ha diritto al corrispondente *in denaro* se il valore dell'immobile non supera (oltre alla sua quota riservata) anche la frazione di un *quarto* oltre la soglia disponibile.

Il beneficiario non ha insomma un diritto indiscriminato di ritenzione della cosa, ma è, viceversa, obbligato alla sua restituzione nonostante la sua indivisibilità (fisica o economica), qualora la predetta eccedenza *superi* l'indicato confine.

La disposizione sui legati e donazioni "in conto" di legittima di cui all'art. 552 c.c., è, peraltro, ancora più chiara nell'interpretare la rinuncia all'eredità del legittimario chiamato quale rinuncia alla stessa quota di legittima e nel prevedere, conseguentemente, che le liberalità effettuate dal defunto gravino sulla porzione disponibile. La norma ancora il conseguimento della riserva all'acquisto della qualità di erede, identificando con tutta evidenza la legittima con una quota dell'eredità.

Il diritto *ad una data quantità di beni ereditari* risulta, infine, sotteso alle norme in tema di divisione ereditaria, atteso quanto previsto dagli artt. 718 e 727 c.c.³¹, i quali predicano il diritto dei coeredi

L'opposizione perde effetto se non è rinnovata prima che siano trascorsi venti anni dalla sua trascrizione".

³⁰Cfr. art. 560 c.c., secondo il quale: "Quando oggetto del legato o della donazione da ridurre è un immobile, la riduzione si fa separando dall'immobile medesimo la parte occorrente per integrare la quota riservata, se ciò può avvenire comodamente. Se la separazione non può farsi comodamente e il legatario o il donatario ha nell'immobile un'eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile, l'immobile si deve lasciare per intero nell'eredità, salvo il diritto di conseguire il valore della porzione disponibile. Se l'eccedenza non supera il quarto, il legatario o il donatario può ritenere tutto l'immobile, compensando in denaro i legittimari. Il legatario o il donatario che è legittimario può ritenere tutto l'immobile, purché il valore di esso non superi l'importo della porzione disponibile e della quota che gli spetta come legittimario".

³¹Cfr. le citate disposizioni, secondo cui, rispettivamente, "Ciascun coerede può chiedere la sua parte in natura dei beni mobili e immobili dell'eredità.." e "Salvo quanto disposto dagli articoli 720 e 722, le porzioni devono essere formate, previa





all'ottenimento di beni della massa e, addirittura, l'osservanza del criterio dell'eguaglianza qualitativa nel concretamento delle quote.

D'altro canto, come già visto, proprio la disciplina del titolo quarto reca eccezione al principio della quota in natura (art. 549 c.c.), nella misura in cui è consentita la tacitazione del legittimario - per ragioni ritenute meritevoli di tutela - attraverso conguagli a carico del convivente assegnatario della *res*. Ciò postula l'esigenza di assicurare il trasferimento unitario di un bene produttivo o, comunque, *indivisibile* in senso assoluto, *ex art. 722 c.c.*, ovvero "relativamente" indivisibile nel senso di cui all'art. 720.

Si è, peraltro, già osservato, in apertura di queste brevi note, come la medesima esigenza abbia giustificato l'introduzione di tutta una nuova disciplina contrattuale - quella del *patto di famiglia*³² - avente per effetto la commutazione della quota dei "partecipanti" non assegnatari, quale contropartita della attribuzione indivisibile dell'azienda o delle partecipazioni, nonché la disattivazione dei "rimedi successori" (della collazione e della riduzione) contro la stessa liberalità.

I legittimari acconsentono alla liquidazione del valore esattamente "*corrispondente*" a quello della loro quota (art. 768-*quater*, primo comma, c.c.) e potrebbero anche essere liquidati - quantomeno a detta dell'opinione dominante - con beni propri dell'assegnatario. Devesi, oltretutto, rappresentare che nulla potrebbe impedire ai contraenti di stabilire un differimento dell'adempimento dell'obbligo della liquidazione, ad ulteriore deroga del "divieto di pesi e/o condizioni" sancito dall'art. 549 c.c.³³.

3. La crisi del principio di *intangibilità quantitativa* nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità.

L'estrema complessità del quadro normativo di riferimento, distribuito tra norme direttamente poste per la tutela dei legittimari e disposizioni dettate con

stima dei beni, comprendendo una quantità di mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità, in proporzione all'entità di ciascuna quota [...]".

³²Il *patto di famiglia* - si rammenta - è il contratto con cui l'imprenditore o il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda/le quote, in favore di uno o più discendenti (art. 768-*bis* c.c.). L'assegnatario dell'azienda/delle partecipazioni deve, poi, "*liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli artt. 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura*".

³³Comunque, la portata di tali novità potrebbe essere attenuata dalla considerazione che le "quote", di cui discorre la norma, siano ancora porzioni di legittima "*ante causam*".

riguardo alla divisione ereditaria, postula, pertanto, un evidente sforzo di ricostruzione del sistema e di astrazione da questo del principio della quota in natura, nel tentativo di individuare le fattispecie (e le ragioni) che ammettono la trasformazione della riserva in un valore più o meno corrispondente.

A fronte degli interventi e proposte di legge volti al riconoscimento di uno "statuto" (quasi a sé stante) della successione nell'impresa, ovvero all'abrogazione di tutte le disposizioni relative alla successione necessaria³⁴, le direzioni percorse dalla più recente giurisprudenza di legittimità sono espressione della malcelata tendenza al ridimensionamento dello *status* garantito ai legittimari, con ammissione di deroghe sempre più significative al principio dell'intangibilità quantitativa della loro quota.

È così che la lettura progressivamente estensiva del concetto di "indivisibilità" e di "incomoda" divisibilità degli immobili legati o donati (su cui gli artt. 720 e 722 c.c.) o, ancora, il favore per la disposizione di conguagli ordinati nel testamento quale conseguenza dell'interpretazione logica dell'art. 733 c.c., rivela il sempre più diffuso sostegno del "diritto vivente" a soluzioni di compromesso tra successioni qualificate e necessario soddisfacimento dei diritti di legittima. L'assegnazione di denaro non ereditario per garantire il *quantum* fissato dalla legge e, contestualmente, l'attribuzione di determinati beni a vantaggio di particolari successibili indica il

³⁴Il riferimento è ai due disegni di legge, n. 1043 del 2006 e n. 578 del 2008, presentati in Senato nel corso della XV e XVI Legislatura, su iniziativa del senatore G. Saro (*et al.*, nel primo caso). Entrambi i d.d.l. prevedono l'abrogazione di tutte le disposizioni sui legittimari e sulla loro tutela (precisamente, degli artt. 536, 537, 538, 540, primo comma, c.c., 542, 544, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 735, secondo comma, c.c., 737, secondo comma, 763, 2652, primo comma, n. 8), c.c., e 2690, primo comma, n. 5), c.c.), oltre che l'abrogazione dell'intero Capo V-*bis* del titolo IV del Libro II del codice, ossia delle disposizioni sul *patto di famiglia* (artt. 768-*bis*-768-*octies* c.c.).

La riforma mantiene soltanto il coniuge nella posizione di legittimario, abrogando la previsione di una quota riservata (art. 540, primo comma, c.c.), ma continuando a riconoscerli i due legati di abitazione della residenza familiare di proprietà esclusiva o comune con il *de cuius* e dell'uso dei mobili che la corredano.

La norma sul divieto dei patti successori (art. 458 c.c.) reca, semplicemente, un'aggiunta, nella parte in cui prevede la validità del contratto "*con cui taluno assegna, nella medesima forma richiesta per il contratto di donazione, in tutto o in parte, il suo patrimonio ai propri discendenti in linea retta con effetto dall'apertura della propria successione, anche con la previsione per il caso di premorienza di taluno degli assegnatari dell'inefficacia dell'assegnazione o della sostituzione dell'assegnatario con suoi discendenti in linea retta collettivamente o nominativamente indicati*". L'intervento sembrerebbe riprodurre l'istituto francese della *donation-partage* di cui all'art. 1075 del *Code Napoleon* (e alla successiva modifica introdotta dalla loi del 23 giugno 2006, n. 2006-728).

progressivo avvicinamento all'idea della riserva come *valore* e alla concezione della sua tutela giurisdizionale come *obbligatoria*.

Il più rilevante contributo alla trasformazione ideologica della *legittima* sembra, in effetti, provenire dalla giurisprudenza formatasi in tema di divisione ereditaria e, in particolare, da quelle pronunce che hanno offerto una lettura estensiva degli artt. 720, 722, 733 e 728 c.c.. Unitamente ad essa, le Sezioni Unite del 2006 hanno ritenuto che la rinuncia di taluno dei legittimari all'esercizio dell'azione di riduzione, ovvero il rifiuto di conseguire la quota, non debba determinare l'ampliamento - *sub specie* di "accrescimento" o di applicazione del principio di retroattività dell'acquisto, ai sensi dell'art. 521 c.c. - della riserva dei concorrenti *ex* artt. 537 e ss. c.c., in quanto quota ereditaria³⁵.

In contrapposizione, peraltro, all'interpretazione necessariamente testuale della disposizione di cui all'art. 560 c.c., la quale è espressione del principio della quota in natura - in relazione alla necessità che il pagamento dell'*equivalente* sia ancorato ad entrambi i presupposti, della "incomoda divisibilità" e dell'eccedenza del valore dell'immobile di 1/4, rispetto alla disponibile - le citate S.U. sulla *rinuncia alla legittima* determinano una (definitiva?) presa di distanza dall'adeguamento della c.d. successione necessaria alle logiche proprie della *delazione dell'eredità*.

3.1. Segue. Disposizione di conguagli testamentari e compressione del principio della quota in natura.

Appare, quindi, particolarmente interessante la lettura delle norme relative alla divisione ereditaria, quanto alla graduale ammissione di conguagli pecuniari disposti dall'ereditando nell'atto di ultima volontà. Peraltro, come visto in apertura, le disposizioni del titolo quarto del libro delle successioni sono state, per l'appunto, assunte al rango di disciplina derogatoria del "divieto di pesi e condizioni" dall'art. 549 c.c..

³⁵Ci si riferisce, sin d'ora, ad alcune delle più significative pronunce, quali Cass., 22 novembre 1996, n. 10306, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 1570 e Cass., 24 maggio 2004, n. 9905, in *Famiglia*, 2005, I, II, 180, con nota di S. LANDINI, *Divisione testamentaria e conguagli delle quote ereditarie*, per ciò che concerne il riconoscimento del potere del testatore di disporre i conguagli, nonché alle S.U. "gemelle" del 2006 (9 giugno 2006, n. 13429 e 12 giugno 2006, n. 13524), in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 211 e ss., con nota di C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*, con le quali è stato affermato il principio della c.d. *invariabilità* delle quote di legittima.

Fermo restando che i condividenti hanno diritto alla loro parte dei beni in natura nel rispetto del criterio inderogabile della proporzionalità alle quote, il testatore può direttamente formare le porzioni degli istituiti eredi e dei legittimari, includendovi anche solo alcuni dei cespiti della massa (art. 734 c.c.), oppure può limitarsi a dettare disposizioni vincolanti per la futura divisione senza determinare alcun apportionamento (può, cioè, disporre "assegni divisionali" ai sensi dell'art. 733 c.c.).

Il legislatore del codice ha, poi, previsto speciali disposizioni dettate a tutela della trasmissione di alcuni beni, "non comodamente divisibili" o, comunque, suscettibili di protezione nell'interesse della *pubblica economia*, dell'*igiene* o della *produzione nazionale* e ne ha garantito l'assegnazione unitaria nella quota maggiore "*con addebito dell'eccedenza*", ovvero ne ha previsto la *vendita all'incanto* con distribuzione del ricavato tra i coeredi (artt. 720 e 722 c.c.).

Ma, al di là della delimitazione operata dalle citate norme, la lettura eventualmente "ampia" della disposizione di cui all'art. 728 c.c. potrebbe giustificare la previsione di conguagli nel testamento, in funzione (quantomeno) "correttiva" delle assegnazioni disposte. "*L'ineguaglianza in natura nelle quote ereditarie si compensa*", infatti, "*con un equivalente in denaro*", né l'ambito applicativo di tale articolo appare ristretto alla sola divisione "amichevole" o giudiziale.

In ipotesi del genere, la porzione riservata del partecipante legittimario sarebbe solo in parte formata con beni dell'eredità, effettivamente trasmessi dal defunto, e risulterebbe, quindi, superato lo stesso principio di intangibilità quantitativa sotteso all'art. 549 c.c.. Ecco, dunque, come l'interpretazione giurisprudenziale sia in grado di "forzare" il sistema successorio, sì da ammettere fattispecie ulteriori di deroga al divieto di pesi e condizioni sopra la legittima.

Piuttosto aderente alla tradizionale lettura della "divisione del testatore" resta l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato sull'art. 734 c.c., il quale esclude che il diritto alla quota di legittima possa essere *integralmente* tacitato con beni o denaro appartenenti ad altro condividente³⁶.

³⁶Cfr., in particolare, Cass., 23 marzo 1992, n. 3599, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 819, secondo la quale "*Per il principio di intangibilità della quota di legittima i diritti del legittimario vanno soddisfatti con beni o denaro provenienti dall'asse ereditario, pertanto la divisione, in cui il testatore disponga che le ragioni ereditarie di un riservatario siano soddisfatte dagli eredi, tra cui è diviso l'asse ereditario, con la corresponsione di una somma di danaro non compresa nel relictum, è affetta da nullità, che può essere fatta valere dal legittimario pretermesso con l'azione di nullità di cui al comma 1 dell'art. 735 c.c. contestualmente all'azione di riduzione (ed, in entrambi i casi,*





La motivazione espressa dalla Suprema Corte risulta sempre fondata sul disposto dell'art. 735, primo comma, c.c., secondo cui è nulla la divisione nella quale il testatore non abbia compreso taluno degli eredi istituiti o degli aventi diritto ad una quota di riserva. Il legittimario cui sia stato attribuito un "legato di credito" nei confronti dell'assegnatario, infatti, non è ritenuto destinatario effettivo della quota di eredità nel senso dell'art. 588, primo comma, c.c. (ossia come "quota di beni" propri del defunto) ed è, pertanto, praticamente *pretermessso* dal testamento.

Tale indirizzo (del quale costituiscono significativo esempio le pronunce di Cassazione, n. 3599 del 1992 e Tribunale di Napoli, 26 giugno 1997) si riporta al principio di intangibilità quantitativa della porzione riservata, interpretato nel condivisibile senso secondo cui la riserva, definita quale oggetto di un "diritto reale del legittimario", debba essere composta con beni propri dell'asse³⁷. Nondimeno, non si può fare a meno di rilevare come tale argomento - confermativo del principio della quota in natura senz'altro immanente nel nostro ordinamento - lasci perplessi giusto per il fatto che la disposizione sulla "divisione operata dal testatore" rientra tra le norme del titolo quarto del libro delle successioni a causa di morte, cui si richiama l'art. 549 c.c. al fine di individuare le deroghe espresse al principio di intangibilità.

Piuttosto, appare persuasiva la critica secondo la quale il disponente attribuisce, con il negozio di ultima volontà, beni determinati in funzione di quota dei quali non può, all'evidenza, non essere proprietario (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*).

La stessa obiezione potrebbe apparire fondata con riguardo alla circostanza che il testatore, nella divisione disposta in seno all'atto *mortis causa*, assegni conguagli monetari con denaro dei coeredi. In questo caso, infatti, l'ereditando attribuisce solo in

parte beni della massa e, ancora una volta, trasferisce contestualmente diritti dei quali non è il titolare.

Lo strumento giuridicamente idoneo alla integrazione "correttiva" delle porzioni sembrerebbe essere, dunque, esclusivamente quello della disposizione di assegni vincolanti ai sensi dell'art. 733 c.c., vale a dire quello della indicazione, da parte del testatore, di una volontà priva di efficacia reale immediata e avente effetti solo obbligatori. I condividenti sono, infatti, tenuti all'adempimento delle disposizioni testamentarie con espresso limite del rispetto del criterio di *proporzionalità* dei beni alle quote.

Sorprendentemente, invero, la lettura logicamente consequenziale non risulta accolta da Cassazione, n. 10306 del 1996, in fattispecie nella quale il defunto provvedeva a ripartire direttamente le proprie sostanze tra coeredi, onerando taluno di essi al pagamento dei conguagli *ad supplendam legitimam*.

La disposizione testamentaria è stata ritenuta efficace, pur nell'assenza di titolarità delle somme attribuite a conguaglio e nonostante il fatto che il *de cuius* avesse effettuato direttamente l'apporcionamiento divisionale tra coeredi ai sensi dell'art. 734 c.c., piuttosto che obbligare i superstiti all'esecuzione degli assegni vincolanti³⁸.

Il giudice di legittimità ha così ribattezzato il diritto di credito del legittimario nei confronti del dividente quale "*legato divisionis causa*", legato con funzione divisoria, avendo tale disposizione, per l'appunto, lo scopo di assicurare l'esatto apporcionamiento della quota (e, per questa via, la conservazione della volontà del testatore)³⁹.

Ciò che, nondimeno, colpisce è che l'integrazione della legittima sia stata realizzata attraverso l'assegnazione di conguagli in denaro, cioè di diritti di credito verso il coerede, in alternativa all'unica e perentoria soluzione offerta dal secondo comma dell'art. 735 c.c.. Se, infatti, il legittimario è tacitato con beni di valore inferiore alla quota, il testamento non è nullo ai sensi dell'art. 735, primo comma, c.c., ma tale differenza di valore può essere

all'azione di divisione)". Conformi: Cass., 2 ottobre 1974, n. 2560, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, 645, con nota di G. AZZARITI, *La divisione fatta dal testatore ed i legati in sostituzione o in conto di legittima*; Cass., 6 aprile 1963, n. 886, in *Foro it.*, 1963, I, 1748; Cass., 22 luglio 1963, n. 2023, in *Riv. not.*, 1964, II, 239. Nella giurisprudenza di merito, resta celebre Trib. Napoli, 26 giugno 1997, in *Arch. civ.*, 1998, 953, con nota di V. SANTASIERSE, *Quota di legittima e sua tutela qualitativa mediante tutela sociniana*.

³⁷Così Cass. n. 3599/92 (v. nota che precede) e Trib. Napoli, 26.6.1997, che motiva: "... il diritto reale del legittimario alla quota dovutagli si trasformerebbe in credito nei confronti del coerede, con preterizione dell'avente diritto stesso". *Contra*: G. AZZARITI, *op. cit.*, 654, il quale, in netta contrapposizione all'idea della legittima *pars hereditatis* e, viceversa, reinterpretando i "diritti riservati" quale pretesa *ad una certa frazione* del patrimonio, ritiene valida la disposizione testamentaria che abbia assegnato un credito *esattamente corrispondente al valore*.

³⁸Infatti, "ove risulti che la volontà del *de cuius* è stata quella di effettuare direttamente la divisione dei suoi beni fra gli eredi, distribuendo tra questi le sue sostanze, cui sono coordinate le singole assegnazioni, con effetti reali e immediati (quote concrete e non astratte), ricorre l'ipotesi della *divisione inter liberos*, regolata dall'art. 734 c.c., e non la diversa ipotesi prevista dall'art. 733 c.c., con la quale il testatore non divide, ma si limita a dettare le regole per la futura divisione".

³⁹Cass., 22 novembre 1996, n. 10306, in *Familia*, cit. ("Sicché .. poiché si tratta di legato *divisionis causa* con effetti obbligatori, ciò che l'assegnatario (legatario) acquista immediatamente, senza bisogno di accettazione e salva facoltà di rinuncia (art. 649 c.c.) è il diritto di credito nei confronti dell'onerato". Conformi: Cass., 24 ottobre 1981, n. 5568, in *Riv. not.*, 1982, II, 135 e Cass., 23 giugno 1972, n. 2107, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1503.

colmata con l'esercizio dell'azione di riduzione (comma secondo). In assenza del legato divisorio, quindi, la lesione è superabile solo con l'impugnativa della liberalità, al cui accoglimento segue l'esercizio dell'azione di restituzione del bene.

L'impiego della disposizione di cui all'art. 733 c.c. è stato legittimato da una giurisprudenza originale seppur minoritaria della Suprema Corte (Cassazione, n. 9905 del 2004), la quale ha ritenuto la validità dei conguagli testamentari con i quali il defunto avesse previsto di adeguare *ex ante* il valore dei beni al mutamento del loro prezzo di mercato, ovvero di colmare, in conseguenza delle proprie errate valutazioni, l'eventuale sproporzione tra i beni e le quote.

L'interpretazione del giudice di legittimità è stata fondata, peraltro, sul principio di conservazione della volontà testamentaria e, per questa via, sullo stesso primato dell'autonomia privata rispetto al principio della quota in natura, avendo la Corte riconosciuto che l'impossibilità assoluta di disporre futuri conguagli (persino) sotto forma di assegni vincolanti impedisca di considerare "vincolante" la disposizione data dal testatore, ogniqualvolta si debba adeguare il valore iniziale del bene alle quote - ossia, abbastanza frequentemente - nel rispetto del principio di proporzionalità.

La norma dell'art. 733 c.c. viene, dunque, interpretata logicamente, conformemente all'unico senso che permetta di non considerarla quale lettera morta⁴⁰.

3.2. Segue. Implicazioni di una lettura estensiva dell'art. 560 c.c..

L'attuale presenza di un atteggiamento più critico verso l'obbligatorietà della tutela reale dei legittimari pare emergere anche dall'interpretazione giurisprudenziale della norma di cui all'art. 560 c.c., relativa alla restituzione degli immobili legati o donati dall'ereditando.

La disposizione, come noto, è emblematica della sussistenza nell'ordinamento del principio della quota in natura, poiché afferma il diritto del riservatario ad ottenere la parte del bene necessaria a rein-

tegrare la sua quota. L'immobile viene, dunque, diviso fisicamente tra i coeredi, fintantoché questa separazione sia riconosciuta come materialmente possibile.

Se, al contrario, la divisione non è "comoda", il beneficiario potrà ritenere per intero l'immobile legato o donato purché la lesione della quota del legittimario non superi il valore di $\frac{1}{4}$ della porzione disponibile; l'oltrepassamento di tale "soglia" comporta, infatti, la restituzione integrale della cosa nella sfera del riservatario, al di là della quantità che sarebbe effettivamente spettata per integrare il valore della legittima.

È evidente, peraltro, che quanto più si allarghino le maglie della "non comoda divisibilità" dell'immobile, tanto più il legatario o il donatario possa conservare la cosa corrispondendo l'equivalente in denaro. Se, ancora, alla medesima idea si riconduce l'ipotesi della inseparabilità "funzionale" del bene produttivo, si può concludere che la norma in commento venga interpretata conformemente alle disposizioni degli art. 720 e 722 c.c., ossia alle norme sulla divisione indicative della preferenza del legislatore per l'assegnazione unitaria dei cespiti redditizi e, pertanto, che la stessa analisi giurisprudenziale ritenga in tal caso preminente il benessere dell'impresa.

In considerazione di quanto premesso, l'art. 560 c.c. forma oggetto di due letture della Suprema Corte apparentemente contrastanti.

Da un lato, sulla scorta della casistica formatasi entro l'ambito normativo dell'art. 720 c.c., la giurisprudenza di legittimità interpreta, come detto, il concetto della "non comoda divisibilità" dell'immobile in modo tendenzialmente estensivo, così da riconoscere al beneficiario una maggiore capacità di ritenzione del bene in considerazione della *onerosità economica*, oltre che dell'impossibilità prettamente fisica, della sua divisione⁴¹.

⁴¹Per indirizzo ormai costante, la "non comoda divisibilità dell'immobile" "postula", addirittura, che "sotto l'aspetto strutturale, che il frazionamento del bene sia attuabile mediante determinazione di quote concrete suscettibili di autonomo e libero godimento, che possano formarsi senza dover fronteggiare problemi tecnici eccessivamente costosi e, sotto l'aspetto economico funzionale, che la divisione non incida sull'originaria destinazione del bene e non comporti un sensibile deprezzamento del valore delle singole quote rapportate proporzionalmente al valore dell'intero, tenuto conto dell'usuale destinazione e della pregressa utilizzazione del bene stesso". Cfr. Cass., 27 gennaio 2012, n. 1238, in *Guida dir.*, 2012, 11, 51; Cass., 29 maggio 2007, n. 12498, in *Giur. it.*, 2007, 11, 2438; Cass., 30 luglio 2004, n. 14540, in *Guida dir.*, 2004, 40, 65; Cass., 7 febbraio 2002, n. 1738, in *Mass. Giur. it.*, 2002, 164; Cass., 23 ottobre 2001, n. 12998, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1787; Cass., 24 novembre 1998, n. 11891, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2437; Cass., 1 febbraio 1995, n. 1158, in *Riv.*

⁴⁰Cfr. Cass., 24 maggio 2004, n. 9905, in *Famiglia*, cit., a detta della quale la volontà del defunto "difficilmente potrebbe essere rispettata se dovesse porsi nel nulla ogniqualvolta i beni da lui individuati non corrispondano in maniera esatta al valore della quota attribuita [...] l'operatività della disposizione testamentaria di cui all'art. 733 c.c. prevale sul diritto degli altri eredi (sancito dall'art. 727 c.c.) di conseguire, per quanto possibile, una parte dei vari beni relitti dal de cuius e, conseguentemente, rimane loro soltanto il diritto di ottenere beni di valore corrispondente a quello della quota di rispettiva competenza".



Da altro punto di vista, il principio della quota in natura esce rafforzato dalla regola secondo cui la compensazione in denaro resti ancorata ad *entrambi* i presupposti richiesti dalla norma, ossia alla condizione della non agevole divisibilità della *res* come a quello della scarsa rilevanza della lesione, con ciò traducendosi nell'insufficienza del pregiudizio "alle ragioni della pubblica economia" o "dell'igiene" previsto dall'art. 720 c.c.⁴².

Così la Suprema Corte (Cassazione, n. 4698 del 1999) ha insistito sull'indefettibilità del presupposto della non comoda divisibilità immobiliare, sostanzialmente ribadendo che la trasformazione in valore della riserva del legittimario derivi dall'impossibilità di separare il bene, oltre che dalla mediocre importanza della lesione quantitativa⁴³. Il giudice di legittimità ha, quindi, allontanato con forza la tentazione di introdurre una nuova fattispecie derogatoria del principio della quota in natura.

Nel caso di specie, la Suprema Corte esclude che la disposizione che consente la *collazione in natura* degli immobili (art. 746 c.c.)⁴⁴ possa applicarsi analogicamente alla restituzione della cosa a seguito dell'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione. L'indicazione - che segue una *ratio* effettivamente dibattuta in dottrina⁴⁵ - è motivata in punto di so-

stanziale *diversità funzionale* tra la collazione e la tutela del legittimario, costituendo, la prima, un'attività meramente prodromica alla divisione ereditaria e ponendosi al contrario, l'azione di riduzione, come un "*primo, rispetto alle operazioni divisionali*"⁴⁶.

in natura (beni immobili). "*Pertanto con la collazione mancherebbe un effetto tipicamente restitutorio perché non v'è recupero di contitolarità sui beni donati, ma semplice trasferimento di valore*". In questa particolare, ottica, la reale portata dell'art. 560 c.c. viene esaltata dall'a., il quale sottolinea l'ingresso della *tutela per equivalente* in relazione alla "non comoda divisibilità" del bene; addirittura, come nel caso della *collazione*, il donatario avrebbe la scelta se restituire, o compensare in denaro, il bene mobile ("*.. nel caso di esperimento dell'azione di riduzione, se si tratta di beni mobili la scelta tra restituzione del bene e pagamento del corrispondente valore spetta al donatario secondo la regola delle obbligazioni alternative (art. 1286, comma 1, c.c.), mentre, se si tratta di beni immobili, l'art. 560, comma 1, c.c. dispone che la separazione è possibile soltanto "se può avvenire comodamente", dimostrando che la divisione del bene tra più coeredi dipende da esigenze oggettive e funzionali*").

⁴⁶Prosegue, Cass., 12 maggio 1999, n. 4698, cit., aggiungendo che "*Ciò trova conforto nell'orientamento espresso da questa Suprema Corte (cfr. sent. n. 1809 del 22 maggio 1969), secondo cui la norma dettata dall'art. 746 cod. civ., "concerne la collazione e non la riduzione della donazione ad integrandam legitimam, che, com'è noto, è un istituto meramente diverso, che non consente al donatario la suddetta facoltà ... nel caso di riduzione per la reintegrazione della quota di riserva del legittimario, questi ha, invece, diritto di conseguire la sua quota di eredità con beni in natura, in applicazione dell'art. 560, 1 comma, c.c., che propriamente disciplina quel caso, tranne le particolari eccezioni stabilite nei commi 2 e 3 della stessa norma*". La SC conferma, in definitiva, l'orientamento più tradizionale, il quale vede, nella disposizione appena citata, l'affermazione del principio tradizionalmente ricavato dall'art. 549 c.c..

D'altro canto, la particolare complessità della questione risulta anche dal fatto che, secondo l'insegnamento di un autorevole A., la *collazione* partecipa del sistema di tutela del legittimario, sotto l'aspetto della *composizione qualitativa* della quota. Nell'esempio fatto da Mengoni (*Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, cit., 145), Tizio, discendente del *de cuius*, beneficia di una liberalità per un valore di 150. Nel *relictum*, anch'esso pari a 150, si trovano alcuni beni mobili, più un immobile del valore di 75. Il fratello Caio è istituito dal testatore "nella mera legittima", avendo, pertanto, diritto a 100 (infatti: 300 è il valore dell'asse *ex art.* 556 c.c. e Tizio ha complessivamente diritto a 200, cioè alla propria legittima, di 100, più il valore della disponibile).

La circostanza che Tizio debba, o meno, essere tenuto alla collazione, nei confronti del fratello, influisce sul concretamento della legittima di quest'ultimo. Nell'ipotesi negativa, Caio compone la sua quota esclusivamente con i beni relitti (quindi, per 50, sull'immobile ereditario, se questo è comodamente divisibile e, per gli altri 50, sui beni mobili). Se, al contrario, Tizio viene obbligato alla collazione, l'immobile donato verrà diviso insieme con gli altri beni e andrà a comporre la quota di legittima di Caio (conferimento in natura), ovvero comporterà l'attribuzione di una parte maggiore di altri beni, della stessa natura, della massa (art. 725 c.c.). Nel caso rappresentato, Caio ha diritto, questa volta, a prelevare per intero l'immobile ereditario (dunque, fino a 75) e a formare il residuo della legittima (per 25) con i beni mobili relitti.

Dir. civ., 1995, II, 151 e ss., con nota di F. Maruffi, *La composizione qualitativa della quota di riserva*.

⁴²Anzi, proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto, per la giurisprudenza di merito più antica "*nemmeno può essere invocato il pregiudizio alle ragioni della pubblica economia per evitare il frazionamento di un immobile, perché l'art. 720, che prevede tale pregiudizio quale causa ostativa della divisione in natura di un bene immobile*, si riferisce al giudizio di scioglimento della comunione ereditaria *mediante divisione*, e non potrebbe, quindi, trovare applicazione in un giudizio che ha, invece, per oggetto la reintegra della quota riservata al legittimario" (App. Bologna, 31 dicembre 1955, in *Mass. App. Giust. civ.*, 1956, 27).

⁴³In *Notariato*, 1999, 5, 409: "*.. dalla complessiva interpretazione del secondo comma dell'art. 560 cod. civ., la possibilità per il donatario od il legatario di ritenere per l'intero l'immobile e compensare in danaro il legittimario leso, ove l'eccedenza non superi il quarto della porzione disponibile, è subordinata, non solo all'entità di tale eccedenza, bensì anche all'impossibilità di operare comodamente la divisione dell'immobile oggetto della donazione o del legato*".

⁴⁴Cfr. l'art. 746 c.c., secondo cui "*La collazione di un bene immobile si fa o col rendere il bene in natura o con l'imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce*".

⁴⁵Argomenta, ad esempio, sulla possibilità di intravedere l'erosione della *tutela reale* del legittimario, già dalle norme in materia di *collazione*, G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Liberalità non donative e attività notarile*, Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 13 ottobre 2007, in *I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, 2008, 1, 132-133, il quale richiama gli artt. 746 e 750 c.c., per rammentare la distinzione tra le ipotesi in cui la collazione debba operarsi *per imputazione* (nel caso dei beni mobili) e quelli in cui, a scelta del conferente, essa possa avvenire tanto per imputazione, quanto



In senso esattamente speculare alla pronuncia del 1999 e pur ispirata alla stessa lettura rigorosa dell'art. 560 c.c., la meno recente Cassazione, n. 468 del 1976 conferma l'indispensabilità del presupposto della non comoda divisibilità ai fini della ritenzione dell'immobile da parte del beneficiario, in una col rispetto dell'indicata soglia di $\frac{1}{4}$ ⁴⁷. Ciò - unitamente ad una giurisprudenza minoritaria, la quale respinge persino la facoltà del beneficiario di *compensare in denaro* il legittimario, nell'ipotesi in cui non vi siano altri beni nella massa⁴⁸ - è comunque prova del riconoscimento del principio dell'intangibilità quantitativa della riserva.

Anche per tale motivo, potrebbe sembrare anomala l'affermazione che inferisce l'inesistenza del principio dalla circostanza che il legittimario sia tacitabile con il valore monetario dei beni dell'eredità. *"Che il legittimario non abbia un diritto reale sui beni legati o donati si argomenta, infatti, dal potere del legatario e del donatario di ritenere tutto l'immobile soggetto a riduzione e di corrispondere l'equivalente in denaro (art. 560 comma 2 cod. civ.)"* (Cassazione, n. 4130 del 2001)⁴⁹.

La suddetta pronuncia, pur muovendo dalla giusta premessa della natura *personale* dell'azione di riduzione, "slega" l'applicazione dell'art. 560 c.c. dalla ricorrenza di entrambi i suoi presupposti e perviene al riconoscimento di un vero "potere" del beneficiario di *adempimento*, nei confronti del legittimario, *di una obbligazione pecuniaria*⁵⁰.

La conclusione dell'illustre A. è nel senso di obbligare anche il coerede sulla disponibile e donatario (nonché, nell'esempio riportato, legittimario) a conferire alla massa l'oggetto della liberalità, in considerazione del testo dell'art. 737, primo comma, c.c. (per il quale, si rammenta, *"I figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali ed il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione, direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati"*). Ritenere diversamente significherebbe introdurre un'eccezione non prevista dalla norma, *"una distinzione che la lettera della legge non autorizza, oppure, non meno arbitrariamente, argomentare dall'istituzione del discendente donatario nella disponibile una dispensa tacita dalla collazione"*.

⁴⁷In *Rep. Giust. civ.*, 1976, *Successione legittima e necessaria* (voce), n. 4.

⁴⁸Cfr. Cass., 17 novembre 1979, n. 5982, in *Riv. not.*, 1980, 575 (secondo la quale, *"La disposizione di cui all'art. 560, comma 3, c.c., secondo cui il legatario od il donatario che sia legittimario può ritenere tutto l'immobile, purché il valore di esso non superi l'importo della porzione disponibile e della quota che gli spetta come legittimario, non può trovare applicazione se non sia possibile, per mancanza di altri beni, a soddisfare il diritto del legittimario, agente in riduzione, al conseguimento della propria legittima in natura"*) e App. Cagliari, 25 novembre 1960, in *Rass. giur. sarda*, 1962, 55. L'interpretazione offerta comporta, in pratica, la disapplicazione (non prevista) dell'art. 560, secondo e terzo comma, c.c..

⁴⁹In *Foro it.*, 2001, I, 2534.

⁵⁰*"Il legittimario, dunque, non ha un diritto reale sui beni legati o donati: egli ha un diritto contro il legatario o il donatario,*

Tale lettura resta, pertanto, piuttosto singolare, per quanto ormai confortata dall'intervento di riforma che ha introdotto il *patto di famiglia* nel nostro ordinamento. Ogni considerazione sulla *natura* della legittima, *de iure condendo*, resta, tuttavia, affidata alla riflessioni che seguono.

3.3. Segue. Le Sezioni Unite del 2006 e il *revisement* giurisprudenziale in tema di effetti della rinuncia alla quota riservata.

La conferma definitiva dell'evoluzione compiuta dall'interpretazione di alcune delle norme in tema di successione necessaria è nel recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁵¹, relativo alle conseguenze della *rinuncia* alla quota di legittima da parte di taluno dei riservatari concorrenti. L'adesione al principio della quota in natura presuppone, infatti, l'identificazione della porzione legittima con una quota di eredità e, dunque, l'applicazione delle regole proprie del concorso tra successibili *ex lege* o tra istituiti testamentari quanto alla redistribuzione dell'asse tra superstiti (artt. 521-523 c.c.).

La rinuncia alla riserva o, indirettamente, all'esercizio dell'azione di riduzione comporta, in tale ottica, che la quota del rinunciante si accresca ai legittimari concorrenti o, in mancanza, ai successibili di grado ulteriore, salvi i diritti di rappresentazione (art. 521 c.c.). Nel caso in cui abbia luogo la successione degli ascendenti per effetto di quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 571 c.c.⁵², la

cui corrisponde una obbligazione, per cui costoro rispondono con tutto il loro patrimonio (il che raffigura la caratteristica del diritto di credito)".

⁵¹Cfr. Cass., S.U., 9 giugno 2006, n. 13429 e Cass., S.U., 12 giugno 2006, n. 13524 ("gemelle"), rispettivamente in *Foro it.*, 2006, 10, I, 2727 e in *Riv. not.*, 2007, 1, 164 (anche in *Giust. civ.*, 2007, 12, 2859, con nota di M. Bulgarelli, *Il legittimario c'è, ma non si vede*).

⁵²Cfr. l'art. 571, ultimo comma, c.c.: *"Se entrambi i genitori non possono o non vogliono venire alla successione e vi sono ulteriori ascendenti, a questi ultimi si devolve, nel modo determinato dall'articolo 569, la quota che sarebbe spettata a uno dei genitori in mancanza dell'altro"*. Gli ascendenti, peraltro, succedono esattamente nella posizione dei genitori del *de cuius*, ossia per "vocazione indiretta" e, quindi, come quelli concorrono con i fratelli e le sorelle dell'ereditando, seppur per una quota *"non inferiore alla metà del relictum"* (art. 571, primo e secondo comma, c.c.).

A tal proposito, cfr. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1999, XLIII, 1, 105 e ss., secondo il quale l'ampliamento delle quote dei concorrenti non è realmente riconducibile all'*accrescimento* in senso tecnico, come tale determinato dall'idea della vocazione solidale dei coeredi, quanto dall'applicazione delle regole sul concorso tra successibili *ab intestato* (in questo caso, dall'applicazione del combinato tra gli artt. 522 e 571 c.c.).



quota di legittima si accresce secondo il criterio della successione per linee, ossia in due metà distinte tra la linea paterna e quella materna (così l'art. 569 c.c., indirettamente richiamato dall'art. 521). Nell'ipotesi, infine, di delazione testamentaria, la quota rinunciata si devolve al sostituto, ai rappresentanti o ai coeredi, secondo l'ordine stabilito ovvero determina l'ampliamento delle quote degli eredi legittimi (art. 524 c.c.).

Eguale, la difficile norma sull'attribuzione di legati e donazioni in conto della legittima, di cui all'art. 552 c.c., è stata giustificata in ragione della necessità di tutelare i donatari *sulla disponibile*, allorché la rinuncia all'eredità (e, quindi, alla quota di legittima) espressa da taluno dei legittimari determina l'espansione degli altrui diritti di riserva. In tal caso, i donatari non legittimari pagano il peso della scelta del riservatario rinunciante, in considerazione sia dell'imputazione sulla disponibile della liberalità a *suo* favore (secondo la regola fissata, appunto, dall'art. 552 c.c.), sia del detto ampliamento della legittima dei concorrenti.

Tutto ciò implica, evidentemente, che la porzione disponibile del patrimonio ereditario non possa "recuperare" la quantità equivalente alla quota rinunciata e riespandersi a causa del rifiuto del legittimario, ma si traduce nell'ulteriore gratificazione delle aspettative dei riservatari concorrenti oltre quanto esattamente riconosciuto dalla legge.

Le disposizioni dettate per il concorso dei legittimari, d'altro canto, non prevedono nulla per il caso in cui uno (o più) dei riservatari non vogliano o non possano conseguire la legittima, sicché è necessario rifarsi alle regole stabilite per il concorso tra chiamati testamentari o successibili *ab intestato*. Non esiste alcuna specifica disposizione dettata per la rinuncia del *legittimario* e, quindi, per l'ipotesi di rinuncia alla quota riservata, nell'unico vero caso di "successione necessaria" costituito dall'esperienza vittoriosa dell'azione di riduzione.

L'applicazione di tale meccanismo si ritrova, peraltro, in una celebre pronuncia della Suprema Corte risalente all'anno 1995⁵³ ed esemplificativa dell'orientamento prevalente, nella quale, proprio con riferimento al conseguimento del legato *in sostituzione di legittima* (art. 551 c.c.) da parte del coniuge del *de cuius*, è stato escluso che i discendenti rimasti unici coeredi continuino a concorrere in applicazione dell'art. 542, piuttosto che dell'art. 537 c.c.. Si è, dunque, affermato che l'esatta misura dei

diritti dei legittimari debba essere individuata solo in seguito alla manifestazione della loro volontà⁵⁴.

L'applicazione della detta regola dell'accrescimento non ha, invece, trovato, posto tra le motivazioni della Corte, e, nondimeno, non avrebbe potuto essere osservata nel caso di specie, nel quale i legittimari concorrenti appartenevano ad una categoria diversa da quella del riservatario rinunciante⁵⁵.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte affermano pertanto, ad un certo punto, il principio di c.d. *invariabilità* delle quote di legittima⁵⁶. Infatti, "ai fini

⁵⁴Precisamente, "ai fini della determinazione della quota di riserva spettante ai discendenti in relazione alle varie ipotesi di concorso con altri legittimari non deve farsi riferimento alla situazione teorica al momento dell'apertura della successione ma alla situazione concreta degli eredi legittimi che effettivamente concorrono alla ripartizione dell'asse ereditario". Sostanzialmente conformi, Cass., 9 marzo 1987, n. 2434, in *Riv. not.*, 1987, 2, 578 e in *Giust. civ.*, 1987, I, 1046, con nota di G. AZZARITI, *Criteri per il calcolo della riserva nel caso di rinuncia da parte di alcuni degli aventi diritto*; Cass., 26 ottobre 1976, n. 3888, in *Rep. Foro it.*, 1976, *Successione ereditaria* (voce) n. 95 e Cass., 11 maggio 1962, n. 949, in *Foro it.*, 1963, I, 194.

⁵⁵Infatti, se a rinunciare è il coniuge, la sua legittima "essendo altra dalla quota riservata ai figli (o agli ascendenti), non può accrescersi a questa per l'eventuale differenza di valore in meno del legato" (del legato in sostituzione, ex art. 551 c.c.). "Per tale differenza essa si accresce alla porzione disponibile" (cfr. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 128).

L'ampliamento delle quote di legittima è stato, infine, sostenuto da autorevole dottrina, seppur spesso con diversità di argomenti. Cfr., anzitutto, L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 125, secondo il quale, "essendo la legittima dei figli (e degli ascendenti) una quota collettivamente e solidalmente riservata, la parte che spetterebbe al figlio tacitato si accresce agli altri con l'onere del legato nella misura del valore corrispondente. Se il valore del legato è inferiore alla porzione spettante al legatario, la differenza rimane nella riserva e di essa si avvantaggiano i figli chiamati all'eredità".

Aderisce, peraltro, all'idea del ricalcolo delle quote F. MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale poli-causale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 2010, 3, I, 575 e ss., sebbene nell'ambito di un ragionamento segnato dal ritorno all'idea della legittima quale *portio bonorum* (tacitabile, indifferentemente, con legati, donazioni o quote di eredità). Rammenta, in particolare, l'a. che la norma dell'art. 552 c.c. non ha altra ragion d'essere, se non quella che la legittima "rinunciata" debba distribuirsi tra i legittimari concorrenti, riducendo ulteriormente l'ammontare della porzione disponibile. Infatti, delle due l'una: o la quota si accresce alla quota disponibile o va ad ampliare la riserva dei successibili della stessa categoria. Se, tuttavia, la legittima incrementasse la fetta disponibile, questa resterebbe, verosimilmente, capiente per tutte le liberalità (compresa quella a favore del legittimario rinunciante), onde non si giustificerebbe il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 552 c.c.

⁵⁶In particolare, le S.U. hanno fatto propria la visione dell'orientamento minoritario presente in Cass., 22 ottobre 1975, n. 3500 (in *Foro it.*, 1976, I, 1952) e Cass., 28 novembre 1978, n. 5611 (in *Rep. Foro it.*, 1978, *Successione necessaria* (voce) n. 58). In dottrina, assolutamente concorde C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso*

⁵³Cfr. Cass., 11 febbraio 1995, n. 1529, in *Riv. not.*, 1996, 2, 639, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2117, con nota di DI MAURO, *Effetti della rinuncia alla legittima da parte di uno degli eredi necessari: rideterminazione delle quote di riserva o accrescimento?* e in *Giur. it.*, 1996, 1, 1139.



dell'individuazione della quota di riserva spettante alle singole categorie di legittimari e ai singoli legittimari nell'ambito della stessa categoria, occorre fare riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento (per rinuncia o prescrizione) dell'azione di riduzione da parte di qualcuno dei legittimari”.

| 256

La conclusione del giudice di legittimità discende da un'interpretazione teleologica dell'intero sistema della tutela dei legittimari, relativo all'indubitabile assunto che la previsione delle quote di riserva debba porsi quale semplice limite all'autonomia testamentaria. La primazia dell'“ultima volontà” del *de cuius* deve cedere il passo all'esigenza accolta nella Costituzione di garantire il sostentamento dei più stretti congiunti, in un delicato equilibrio, tra libertà e doveri familiari, che non autorizza l'interprete ad estendere puramente e semplicemente le norme della delazione a titolo universale ai meccanismi per cui opera la c.d. successione necessaria.

In questo vi è il riconoscimento di tutta la diversità sostanziale tra la delazione dell'eredità e il conseguimento della riserva e l'ammissione implicita di una sovrapposizione strumentale e artificiosa fra le “due successioni”. La devoluzione nell'*universum ius* è, infatti, il mezzo attraverso cui, di regola, è dato acquisire la quota indisponibile e quello che assicura la tutela reale del legittimario attraverso l'applicazione del principio della legittima in natura.

La modificabilità delle quote per effetto della rinuncia alla quota sarebbe, inoltre, contraria all'esigenza della certezza del diritto e inciderebbe sulla stabilità dell'acquisto dei donatari sulla disponibile⁵⁷, non potendo essi esercitare l'*actio interrogatoria* ai sensi dell'art. 481 c.c.⁵⁸.

Le Sezioni Unite escludono, in definitiva, l'applicazione analogica della regola della *retroattività della rinuncia*, di cui all'art. 521 c.c.

della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima, cit., passim.

⁵⁷Critico, invece, verso lo scrupolo della considerazione dell'esigenza di certezza del diritto, è F. MAGLIULO, *op. cit.*, 580, secondo cui il *de cuius* non ha mai, realmente, la capacità di controllare la disponibile, stante l'eventualità della sopravvenienza di nuovi legittimari, nonché l'inevitabile mutamento di valore dei beni dell'asse, rispetto al momento di redazione del testamento. Ad ogni modo, appare inconfutabile la constatazione del *favor* dell'ordinamento per i legittimari, a discapito dell'autonomia del defunto e della salvezza delle liberalità sulla disponibile.

⁵⁸Ma, *contra*, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 243.

L'incremento delle porzioni dei successibili legittimi o testamentari è motivato dalla ben precisa necessità di evitare la giacenza della quota rinunziata e di assicurarne una destinazione *certa*. Il mancato esercizio dell'azione di riduzione, ovvero la volontà di consentirne la prescrizione, dovrebbe legittimare, al contrario e in considerazione delle ragioni su cui si fonda la tutela dei riservatari, la riespansione della quota disponibile⁵⁹.

Si arresta quindi, con tale *decisum*, il precedente appiattimento della giurisprudenza sull'identificazione tra legittima e quota di eredità e si rinnova, per converso, la scelta costituzionale della successione necessaria come limite all'autonomia dispositiva dell'ereditando (art. 42, ultimo comma, Cost.). Facile, anche per questo, immaginare come le conclusioni della Suprema Corte siano state presto condivise da quell'autorevole dottrina la quale, procedendo dall'idea della legittima come “valore” - *portio bonorum* suscettibile di concretamento attraverso liberalità di vario genere - ha osservato che le quote di riserva “non sono quote di eredità e prescindono dalla qualità di erede del legittimario, al quale la quota di legittima spetta anche se non sia chiamato all'eredità o se a questa rinunzi”⁶⁰.

4. Considerazioni conclusive.

La necessità di trarre alcune considerazioni dalla disamina complessiva delle disposizioni del libro secondo del codice, come delle norme del libro quinto relative alla trasmissione delle partecipazioni societarie e alla società in accomandita ovvero dagli interventi legislativi di settore, in una con le manifestazioni di un atteggiamento sempre più critico verso l'apparato consolidato della tutela dei legittimari, fino alle recenti proposte di abrogazione delle norme in tema di successione necessaria, richiede

⁵⁹Cfr. entrambe le S.U. del 2006, secondo cui: “Nella successione legittima il c.d. effetto retroattivo della rinuncia di uno dei chiamati e il conseguente accrescimento in favore degli accettanti trovano una spiegazione logica nel fatto che, diversamente, non si saprebbe quale dovrebbe essere la sorte della quota del rinunciante. La situazione è ben diversa con riferimento alla c.d. successione necessaria. [...] non esistono incertezze in ordine alle sorta della quota (in teoria) spettante al legittimario che non eserciti l'azione di riduzione: i donatari o gli eredi o i legatari, infatti, conservano una porzione dei beni del *de cuius* maggiore di quella di cui quest'ultimo avrebbe potuto disporre [...]. Non si comprende ... perché sarebbe inammissibile la conclusione ... secondo la quale, ove sopravvissero al *de cuius* figli legittimi e tutti rinunziassero non sorgerebbe alcun diritto di legittima a favore degli ascendenti [...]. I parenti di grado successivo, che sono considerati come legittimari solo in mancanza di quelli di grado più vicino, pertanto, non possono essere rimessi in corsa in caso di mancato esercizio dell'azione di riduzione da parte di questi ultimi”.

⁶⁰C.M. BIANCA, *op. cit.*, 213.



un duplice sforzo, come visto, di esegesi del dato normativo e di rivisitazione in chiave costruttiva del sistema della riserva. L'interprete deve farsi carico di illustrare la natura della porzione di legittima e della tutela del riservatario e deve proiettare, *de iure condendo*, la sua personale visione del rapporto tra interessi costituzionalmente protetti (artt. 3, secondo comma, 29, 30, 41 e 42 Cost.), in una nuova teoria del sostentamento del nucleo familiare.

Il tentativo, non facile, sconta altresì il confronto con le soluzioni trovate in altri ordinamenti, nei quali la solidarietà verso i congiunti si traduce nel riconoscimento di una frazione in valore della quota *ab intestato*, ferma restando l'attribuzione dei beni della massa (e tale è il sistema della *Pflichtteil*, ossia della quota di legittima tedesca), ovvero conduce al riconoscimento della piena libertà di testare salvo l'intervento del giudice, in relazione ad una concreta impossibilità di sopravvivenza dei familiari (ed è quanto accade, ad esempio, nel Regno Unito, con il *Family Provision Act* del 1975).

In Italia, si assiste ormai da tempo al tentativo di mettere in dubbio la qualità ereditaria della quota di legittima per affermarne la natura di credito *ad un valore* o anche, come ritenuto da una certa parte della dottrina, il suo "*polimorfismo causale*"⁶¹. Opinioni più o meno risalenti identificano nella quota riservata una "*portio bonorum*"⁶², un insieme di attribuzioni anche *inter vivos* e non necessariamente a titolo universale.

Si argomenta dalla lettera dell'art. 457, ultimo comma, c.c., secondo il quale la volontà testamentaria non può pregiudicare "*i diritti*" che la legge riserva ad alcune categorie di congiunti e dalla stessa intitolazione della sezione I del Capo dedicato ai legittimari, testualmente riferita ai "*diritti*" ad essi "*riservati*"⁶³ (artt. 536-552 c.c.), per giungere a valutazioni anche molto articolate sull'interpretazione sistematica degli artt. 551 e 552 c.c..

La disposizione sul legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.) prevede una vera alternativa fra l'attribuzione a titolo particolare e il conseguimento della quota di riserva. Il legittimario è pretermesso dal testatore (il quale non lo chiama, insieme con gli altri successibili, alla delazione a titolo universale) e, tuttavia, può egualmente acquisire la qualità di erede rifiutando il legato ed esercitando l'azione di riduzione. Se il legittimario preferisce

conseguire il legato, resta escluso dalla successione a titolo universale ma la liberalità viene pur sempre imputata "*alla porzione indisponibile*"⁶⁴. La richiamata dottrina ricava, dalla norma sui legati a tacitazione di legittima, la chiave di lettura del sistema della successione necessaria, piuttosto che l'eccezione ad un preteso principio di riserva quale *pars hereditatis*.

Nella fattispecie sui legati e sulle donazioni "in conto" di cui all'art. 552 c.c., la liberalità è computata *nella* quota solo se il legittimario accetta l'eredità. Il riservatario cumula, infatti, l'attribuzione a titolo particolare con l'eredità accettata in un'unica porzione costituente la sua *legittima* (quindi, per così dire, "per sommatoria")⁶⁵. Lo stesso dicasi allorché il legittimario sia soddisfatto per mezzo di liberalità tra vivi in grado di esaurirne completamente il diritto - atteso che la legittima viene esclusivamente composta con le donazioni e i legati disposti in suo favore dal *de cuius* - ovvero qualora il valore sia raggiunto dall'insieme delle liberalità, dell'attribuzione lesiva e del residuo ottenuto in riduzione.

La medesima dottrina argomenta ancora, dalla disposizione dell'art. 556 c.c. sulla c.d. riunione fittizia, la circostanza che la quota del legittimario si traduca solo in una "quota di utile netto" e che la formazione di un'unica massa per *tutti* i beni ereditari contrasti col ritenuto principio della legittima in natura. Il riservatario riceve, peraltro, una porzione dei beni *relitti*, equivalente a ciò che rimane nel patrimonio dell'ereditando dopo il compimento di tutti i suoi atti di disposizione *inter vivos*⁶⁶.

⁶⁴Magliulo argomenta, infatti, dal disposto dell'art. 551 per desumere che il legittimario possa essere soddisfatto anche senza acquisire frazioni dell'*universum ius*: "*Tale disposizione espressamente qualifica l'istituto ivi previsto quale legato e sancisce che se il legatario preferisce conseguire il legato "non acquista la qualità di erede" (art. 551, secondo comma, c.c.). Nondimeno l'ultimo comma dell'art. 551 c.c. dispone che il legato in sostituzione "grava sulla porzione indisponibile" ... Dunque nel sistema positivo anche il legatario in sostituzione di legittima consegue la legittima con un'attribuzione liberale avente struttura causale diversa dalla chiamata ereditaria*".

⁶⁵F. MAGLIULO, *op. cit.*, 559-560: "*.. il legato non cessa di essere considerato tale anche laddove abbia efficacia reale; esso cioè non può considerarsi assorbito tout court dalla quota di eredità a titolo di legittima nella quale esso si trova ad essere incluso, quanto al computo del valore della quota di legittima medesima, quasi si trattasse di un'istitutio ex re certa parziale [...] Ancora una volta dunque ne risulta confermato quello che a mio avviso è l'aspetto più peculiare della quota di legittima: la sua attitudine ad essere composta da attribuzioni patrimoniali liberali aventi diversa struttura causale ed in particolare, e anche simultaneamente, da attribuzioni a titolo particolare e attribuzioni a titolo universale*".

⁶⁶C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima*, cit., 217, il quale, in modo perentorio, interpreta: "*.. l'interprete deve piuttosto rilevare che il presupposto di quella disposizione*" (l'art. 808 c.c. 1865) "*ossia la nozione di legittima quale quota*

⁶¹L'espressione è di F. MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale*, cit., passim.

⁶²Cfr. L. FERRI, *Legittimari. Articoli 536-564*, cit., passim; F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITA, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, passim e G. AZZARITI, *La divisione fatta dal testatore ed i legati in sostituzione o in conto di legittima*, cit., passim.

⁶³F. MAGLIULO, *op. loc. cit.*, 542.



Nondimeno, a conferma della solidità della costruzione sistematica della legittima come quota ereditaria, può osservarsi che il legittimario rinunciante perde anche il diritto alla legittima, ai sensi dell'art. 552 c.c., in virtù della c.d. regola "del non cumulo". Il fatto, poi, che il *de cuius* possa liberamente disporre in vita delle proprie sostanze è logica conseguenza del principio di autonomia privata e conferma le facoltà di disposizione inerenti il diritto di proprietà. La mancata formazione di masse separate secondo la natura dei beni ribadisce, semmai, l'abbandono del principio dell'intangibilità qualitativa, pur non contraddicendo la natura ereditaria dell'acquisto.

Così, anche le diverse combinazioni che possono avere per soluzione la quota (tra legati, donazioni e altre liberalità, riserva e reintegrazione giudiziale) dimostrano che, almeno dal punto di vista economico, il legittimario può risultare diversamente tacitato, ma non intaccano la fondatezza della costruzione dogmatica la quale vede, nella porzione indisponibile, una quota di eredità. Il fatto che il legittimario, interamente soddisfatto con attribuzioni particolari tra vivi, non possa più agire in giudizio nelle ipotesi di pretermissione o lesione della riserva, non significa che la legittima subisca una sorta di *variazione strutturale*, da quota ereditaria a complesso di liberalità a titolo particolare, ma solo che le sue aspettative successorie risultino già interamente soddisfatte.

Si può anzi considerare che l'introduzione, nel codice del 1942, della *institutio ex certa re* e della previsione di "assegna divisionali" di cui all'art. 733 c.c. abbia, in qualche modo, assottigliato la contrapposizione tra eredità e legato, sì da rendere possibile l'assegnazione, nel testamento, di beni determinati *in funzione di quota*⁶⁷.

di eredità, non ha riscontro nel nostro diritto vigente. Sebbene non manchino anche nella attuale dottrina riferimenti alla legittima quale quota di eredità ... è prevalentemente riconosciuto che il diritto di legittima è il diritto ad una quota del valore della "massa", calcolata tenendo conto dei beni donati e di quelli relitti al netto delle passività: diritto che non implica di per sé la delazione ereditaria in quanto il testatore potrebbe disporre dell'eredità interamente a favore di altri"; G. AZZARITI, op. ult. cit., 652 ("Il testatore, come è noto, è libero di disporre del suo patrimonio, e solo quando non lasci per i legittimari beni aventi quel valore che la legge loro assegna a titolo di legittima, sorge il diritto di impugnare le disposizioni ... Ne è conferma l'art. 556, in cui è detto esplicitamente che, per determinare l'ammontare della quota di cui il defunto poteva disporre, non si forma che una sola massa di tutti i beni del testatore (non dunque due masse, l'una per i mobili e l'altra per gli immobili, onde riservare rispettivamente ai legittimari la metà delle singole masse) e non è stabilito che ai legittimari compete una quota di ciascuno dei singoli cespiti di cui è formata la massa".

⁶⁷L'assoluta contrarietà all'attribuzione di beni determinati *in funzione di quota* è ancora presente in Santoro Passarelli (*Saggi*

Il vero è, peraltro, che proprio attraverso l'interpretazione logica della norma dell'art. 733 c.c. sono stati riconosciuti margini sempre più ampi all'*autonomia* del testatore⁶⁸, ossia al suo potere di creazione di regole per la successione e, per questa via, altresì di concretamento in valore delle quote di riserva⁶⁹.

Invero, il "problema" del soddisfacimento dei legittimari in Italia non appare, semplicemente, quello della perdurante attualità del principio della quota in natura, in contrapposizione alla libertà del traffico giuridico e alla tutela dell'affidamento del terzo. Occorre comprendere fino a che punto sia "giusto" riconoscere anche, semplicemente, la titolarità di una quota *in valore* (sul modello della *Pflichtteil* tedesca), a favore di coloro che vengono identificati come "legittimari" dalla legge.

Qualunque tentativo di riforma deve prendere le mosse dalla nostra Carta costituzionale e, in particolare, deve muovere dall'interpretazione del senso esatto della *funzione sociale* della proprietà privata ovvero della *utilità sociale* della libertà di iniziativa economica (artt. 42 e 41 Cost.), in relazione al valore di *solidarietà economico-sociale* anteposto dal

di Diritto civile, cit., 660 e ss.), a causa del fatto che l'autorevole A. si esprime sotto il vigore del vecchio codice, nel quale, come ricordato, non erano contemplate né l'*institutio ex certa re* né la facoltà di stabilire "assegna divisionali".

⁶⁸Cfr., per il recupero della distinzione tra il concetto di "libertà" e quello di "autonomia", G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2007, 7, 582.

⁶⁹Cfr. G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, 654: "In realtà non può non affermarsi che qualsiasi modalità dettata dal testatore in difformità delle norme sancite dal legislatore per la formazione delle porzioni (art. 944 codice del 1865 e art. 727 codice vigente) sia tale da incidere sulla intangibilità della riserva, donde la ragione del dubbio - sotto l'impero dell'art. 808 del codice abrogato - sulla possibilità di attribuire la legittima in valore, anche nella divisione d'ascendente. A seguito però delle innovazioni introdotte con gli artt. 733 e 734 all'ordinamento della divisione, e della esplicita dichiarazione, fatta nell'art. 549, della loro efficacia ad onta della intangibilità della legittima, ulteriori dubbi non possono sussistere, non essendosi imposto al testatore di distribuire i beni tra i suoi eredi solo in natura".

Ma l'a. approda ad una ricostruzione particolarmente interessante, laddove giustifica l'assegnazione ai coeredi di denaro anche non ereditario, per il fatto che tale valore possa surrogarsi ai beni dell'asse (esattamente come quando, nella divisione convenzionale, o ex art. 720 c.c., si vendano i cespiti per distribuirne il ricavato tra condividenti): il denaro, "... pur non esistendo nella successione, fa concettualmente parte dell'eredità, in quanto si ottiene dalle cose attribuite ad altri coeredi alle quali esso si sostituisce, così come diventa denaro ereditario il prezzo delle cose che si alienano, quando non siano comodamente divisibili (arg. artt. 720 e 722) [...] Il testatore ha pertanto gli stessi poteri dei coeredi nella divisione amichevole, che può da costoro attuarsi anche attribuendo l'intera sostanza ad uno, con la corresponsione dell'equivalente in danaro per gli altri; né ciò si sarebbe potuto logicamente vietare, pel caso di disposizioni dettate dallo stesso testatore" (654-655).



principio di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.. E, così, pare verosimile che “*le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria*”, richiamati dall'ultimo comma dell'art. 42 Cost., possano essere rimodulati proprio in considerazione di ciò che, secondo “politica del diritto”, debba essere valutata come espressione di “solidarietà familiare”.

L'opzione fatta propria dal BGB, che ha comunque riconosciuto il diritto ad una data frazione della quota *ab intestato*, rivela come *giusto*, nell'interpretazione del sentire sociale compiuta dal legislatore tedesco, il riconoscimento di un valore comunque “garantito” e indipendente dai bisogni reali del congiunto. Le norme sulla successione necessaria sembrano rammentare, in tal caso paternisticamente, che la libertà di disposizione delle proprie sostanze debba essere conciliata con la cura dei bisogni familiari.

Un primo correttivo a tale visione potrebbe essere quello della combinazione di una quota-base con un *quid pluris*, attribuito in ragione delle necessità reali dell'avente diritto. Si tratta, infatti, di una soluzione intermedia che il nostro legislatore potrebbe adottare, in alternativa alle recenti proposte di abrogazione⁷⁰ di tutte le disposizioni sui diritti dei legittimari,

al fine di adeguare al caso concreto la tutela di ciascun interesse in gioco. Non si vede, peraltro, per quale motivo i legittimari di una stessa categoria (discendenti e ascendenti) debbano vantare esattamente gli stessi diritti (se non in ossequio a un'idea di eguaglianza meramente formale), né per quale ragione il coniuge debba cumulare la proprietà di una quota con i diritti di abitazione ed uso della casa familiare e dei mobili a corredo, (per di più) gravanti sulla porzione disponibile o, persino, sulla legittima propria e su quella dei figli concorrenti.

Le riflessioni che sarebbe possibile fare sono molte e attengono, per l'appunto, alla diversificazione delle necessità e delle modalità dell'intervento del legislatore, all'abbandono dell'idea di “quota” e all'attribuzione di diritti di godimento; all'opportunità che il sostentamento degli ascendenti sia assicurato con primario riguardo al loro eventuale bisogno abitativo, piuttosto che realizzarsi nel trasferimento automatico di una porzione di proprietà immobiliare⁷¹. Né, tra tutte le questioni menzionate, può ancora essere rinviata la discussione sul tema del riconoscimento di una *parentela naturale*⁷².

L'attuale assetto della successione necessaria continua a tener fuori, dalla schiera dei legittimari, i genitori e gli ascendenti naturali del defunto, e l'ultimo comma dell'art. 537 c.c. prevede tutt'ora che i figli legittimi possano commutare la quota di

⁷⁰V. *supra*, sub nota 33. I due d.d.l. sono stati preceduti da una Relazione di accompagnamento che rende note le ragioni della svolta legislativa. La “libertà testamentaria” è definita quale principio di ordine pubblico “di cui sono espressione gli articoli 458, 679, 689 e 692 del codice civile: «*le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil*»” (evidentemente citando R. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, Bruxelles, 1855, I).

Il legislatore della riforma è particolarmente critico verso la necessità di realizzare anche *post mortem* il “fine assistenzialistico”: “... non può più farsi leva soltanto sulla funzione assistenziale-solidale per giustificare i diritti dei legittimari, perché i medesimi sono già sorretti dall'esistenza in sé di un vincolo familiare con il *de cuius* e pertanto già e soprattutto durante la vita del *de cuius* si manifesta l'interesse a tutelare e si realizza la tutela della famiglia attraverso l'obbligo legale degli alimenti, dell'educazione, del mantenimento, eccetera. La famiglia di oggi infatti più che una comunità di produzione è una comunità di consumo, educazione e tempo libero. Di regola infatti i figli lasciano la casa dei genitori al più tardi dopo la conclusione dei loro studi, che nella maggior parte dei casi si spingono fino all'università e pertanto spesso i genitori contribuiscono al loro mantenimento fino ad età avanzata, i figli hanno pertanto già goduto dei benefici traibili dal patrimonio del *de cuius* ed è raro che possano vantare una pretesa ad una partecipazione all'eredità in forza di una loro effettiva collaborazione alla conservazione e all'incremento del patrimonio familiare. Si pensi, inoltre, come il sistema attuale in presenza di grandi patrimoni pregiudica maggiormente la libertà del *de cuius* e offre ai «fortunati» legittimari, i quali possono pretendere cospicue porzioni di patrimonio, occasione per renderli poco propensi al sacrificio, al lavoro, nonché poco incentivati ad assumersi obblighi di varia natura e, in particolare, di assistenza e di sostegno nei confronti dei membri della famiglia. Inoltre anche l'aspettativa di vita è aumentata, difficile pertanto che il *de cuius* lasci alla sua morte figli minori”.

In senso opposto alle osservazioni già presenti in dottrina, tuttavia: “*Si osserva .. come nella realtà siano mutati i soggetti effettivamente bisognosi di assistenza, tali infatti non sarebbero più in linea di massima i figli, bensì il coniuge ed eventualmente i genitori del de cuius. A questi ultimi non spetta alcun diritto successorio se il de cuius lascia anche dei figli*”.

La Relazione di accompagnamento conclude, pertanto, per l'incostituzionalità delle disposizioni sulla legittima e i legittimari: “*Il sistema della successione necessaria presenta dunque chiari aspetti di illegittimità e di incostituzionalità, limitando e restringendo senza più alcuna valida giustificazione il diritto della persona di disporre liberamente delle proprie sostanze*”.

⁷¹Cfr. A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in www.personaedanno.it del 15 maggio 2007. *Ex multis*, cfr. L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2009, 6, 540 e ss.; S. DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 57 e ss. e, nuovamente, G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, cit., 581 e ss..

⁷²Cfr. G. FERRANDO, *La successione del genitore naturale. Problemi di legittimità costituzionale*, nota a Trib. Genova, 8 ottobre 1983, dal quale è stata dichiarata manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 30 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 536 e 538 c.c. “*nella parte in cui non attribuiscono al genitore naturale la qualità di legittimario*”, in *Giur. civ. e comm.*, 1985, I, 184-188.



riserva dei figli naturali, così da attuarne l'estromissione dalla comunione ereditaria.

Il tema del riconoscimento e della graduazione dei diritti di legittima diviene, pertanto, anche il tema della risistemazione generale dei rapporti familiari, in un col mutamento progressivo del peso del vincolo coniugale e parentale sulla libertà dell'individuo.

Un sistema che voglia dirsi rispettoso del principio di eguaglianza *in senso sostanziale* è, probabilmente, rappresentato da un *corpus* di norme il quale, in linea con l'affermata valorizzazione della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà privata, riconosca ampi margini di autonomia di disposizione e di organizzazione della sopravvivenza dell'impresa, pur nel rispetto del naturale limite della tutela della dignità e dell'adempimento inderogabile dei doveri di solidarietà economica e sociale (artt. 2 e 3 Cost.).

La primazia della produzione nazionale o della *voluntas testantis* (quest'ultima, come espressione dell'esercizio *mortis causa* del diritto di proprietà) cede il passo alla garanzia della protezione di altri interessi fondamentali, tra i quali tuttavia - è bene ribadire - il diritto dei "legittimari" non trova spazio *separatamente ed ulteriormente* rispetto ai "diritti della famiglia"⁷³ già riconosciuti dagli artt. 29 e 30 Cost.. Ciò suggerisce una prima risposta al quesito della sussistenza di una tutela costituzionale dei legittimari, atteso che i loro diritti non devono ricevere altra e più sicura protezione di quanto non sia già previsto per i diritti della famiglia.

Il distinguo che il legislatore dovrebbe operare attiene, quindi, esclusivamente alla situazione di maggior o minor bisogno concreto del successibile *mortis causa*, alla meritevolezza o all'ingratitude del chiamato, all'idoneità di questi nell'assumere il comando dell'attività di impresa familiare. Sulla scorta di tali considerazioni, sembra, forse, consequenziale la scelta politica volta a restituire al singolo piena libertà di testare, pur nel riconoscimento di una tutela giurisdizionale "d'emergenza" a favore del congiunto. E, d'altro canto, è di tutta evidenza come la necessità dell'intervento correttivo del giudice - peraltro maggiormente in linea con la tradizione giuridica anglosassone - finisca con l'essere

decisamente impraticabile, in quanto fonte certa di incremento della litigiosità familiare e di ulteriore sovraccarico della giustizia civile.

⁷³Sul punto, già Cass., 24 giugno 1996, n. 5832, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 164 e ss. (con nota di E. CALÒ, *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, 167 e ss.), secondo cui "poiché la carta costituzionale, all'art. 42, non fa riferimento alcuno ai legittimari, la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima, ovvero delle disposizioni testamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere; pertanto l'istituto non rientra tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico, cui si riferisce l'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale".



LE REGOLE DI INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO TRA DEROGABILITÀ E PRINCIPIO DISPOSITIVO. A PROPOSITO DI UN CONVEGNO SENESE*.

Di Antonio Musto

| 261

SOMMARIO: 1. “Come si arriva alla interpretazione del contratto”. - 2. “L’interpretazione del contratto tra autonomia privata e processo”. - 3. “Interpretazione contrattuale e scritture di conflitto”. - 4. “La disponibilità linguistica del testo”. - 5. “Interpretazione più favorevole per il consumatore e poteri del giudice”. - 6. “L’interpretazione correttiva”.

1. “Come si arriva alla interpretazione del contratto”¹.

Per capire “come si arriva alla interpretazione del contratto” bisogna, innanzitutto, partire da una data: il 15 maggio 1865. In questa data si riunisce la Commissione per il coordinamento della norme transitorie del Codice civile del 1865.

Durante lo svolgimento dei lavori della Commissione, uno dei Commissari propone di abolire le norme sulla interpretazione del contratto. Seguono diversi interventi e alla fine si vota. Il mantenimento delle norme sulla interpretazione del contratto, per come contenute nel codice civile del 1865, passa per 5 voti a favore e 4 contrari. Se fosse andata diversamente, la materia dell’interpretazione del contratto non avrebbe certo perso la sua centralità, ma

sarebbe stata trattata con una prospettiva sicuramente diversa.

Oggi il tema della interpretazione del contratto soffre dell’idea che tutti sono capaci di interpretare. Si ritiene che questa sia un’arte che tutti possiedono. In tal modo si trascura di considerare, fino in fondo, come si arriva alla interpretazione del contratto.

Queste parole furono già espresse da G. Messina, nel 1906, in *L’interpretazione dei contratti. Studi*, (1906), in G. Messina, *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948. L’Autore nel saggio così scriveva: “Occorre appena ricordare che non sempre basta conoscere, ma talvolta occorre conoscere come si arriva alla conoscenza”.

Bisogna cioè capire come si arriva alla conoscenza; come si arriva alla interpretazione; quali sono le strade che consentono di arrivare ad interpretare il contratto. A ragionare diversamente si finirebbe per aderire all’impostazione secondo la quale l’interprete coglie il significato del contratto quasi fosse il mero esercizio di un’arte.

La Suprema Corte di Cassazione, dal canto suo, continua ancora oggi a ripetere *in claris non fit interpretatio*. Quando, invece, già, nel 1840, F.C. Von Savigny, - in *Sistema del diritto romano attuale*,

* Già edito in *Vita notarile*, 2012, 2, p. 917.

¹ Il presente scritto costituisce una sintesi, a cura dell’Autore, degli interventi tenuti dai Prof.ri: G. De Nova (par. 1), C. Scognamiglio (par. 2), P. Femia (par. 3); M. Orlandi (par. 4); S. Pagliantini (par. 5); M. Pennasilico (par. 6) in occasione del Convegno “Le regole di interpretazione del contratto tra derogabilità e principio dispositivo”, 9 marzo 2012, Siena - organizzato da Università degli studi di Pisa, Università degli studi di Siena, Istituto Italiano di Scienze Umane (SUM) Firenze.



(1840-49), trad. di V. Scialoja, Torino, 1886, I - a proposito della interpretazione della legge, affermava che bisogna sempre interpretare, perché l'interpretazione non è un problema che dipende dalla oscurità del testo.

Infatti, se il testo di legge non è oscuro, sarà meno difficile interpretare, ma comunque si deve interpretare. Se, poi, il testo di legge è oscuro, bisogna sempre interpretare, perché è la legge che lo impone.

Eppure nonostante questo insegnamento, ben chiaro già nel 1800, ancora oggi la giurisprudenza - un po' stancamente - continua ad affermare *in claris non fit interpretatio*.

Sul punto, bisogna evidenziare alcuni aspetti.

Innanzitutto, va detto che si è abituati a considerare il contratto come l'oggetto della interpretazione. In questa sede si intende, invece, provare a rovesciare la prospettiva, considerando il contratto, non già come l'oggetto dell'interpretazione, ma come la fonte delle regole della sua interpretazione.

Il riferimento è a quella che il Prof. G. De Nova definisce la *interpretazione convenzionale*, secondo la quale le parti concordano come il contratto - che esse stesse hanno stipulato - debba essere interpretato. Le parti dettano, cioè, le regole per la interpretazione del contratto da esse stesse concluso.

Questo argomento non è caratteristico della nostra prospettiva positiva.

È, invece, assolutamente scontato in una prospettiva di *common law*, dove le parti si pongono il problema di come il contratto, che esse hanno stipulato, debba essere interpretato. A tal fine, le parti dettano regole specifiche sull'interpretazione del contratto, definendo il significato dei termini utilizzati nel contratto e facendo precedere il contratto da premesse utili ai fini interpretativi.

Per comprendere appieno l'interpretazione convenzionale bisogna fare un regolamento di confini.

Essa, infatti, è nettamente distinta dall'interpretazione autentica, la quale necessariamente segue - e non precede - il contratto. Ma è qualcosa di diverso anche rispetto all'accordo delle parti in giudizio sulla interpretazione del contratto.

Su quest'ultimo argomento importanti novità promanano dal novellato articolo 115 c.p.c., nella parte in cui afferma che i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita debbono essere dal giudice posti a fondamento della sua decisione.

Al riguardo bisogna chiedersi in che misura questa norma incide sull'accordo che le parti in giudizio hanno concluso con riferimento alla interpretazione del contratto. Ebbene, considerato che la norma parla di fatti, potrebbe costituire una forzatura spingersi troppo in là nel ritenere che il silenzio di una parte, sulla interpretazione che l'altra parte

dà del contratto, comporti nell'art. 115 c.p.c. la presenza di un fatto non contestato.

Il tema, pur rilevante, merita approfondimenti, che, però, esulano dalla presente trattazione, la quale ha ad oggetto il contratto come fonte della sue regole interpretative. In particolare la questione è stabilire se il contratto possa o meno imporre al giudice le norme sulla interpretazione del contratto, con la conseguenza di vincolarne il giudizio.

La domanda può essere anche diversamente formulata. Infatti ci si potrebbe chiedere: "Le norme legali, relative all'interpretazione del contratto, e contenute negli articoli 1362 e ss. c.c., sono norme derogabili oppure sono inderogabili?". "Sono ammissibili regole sulla interpretazione del contratto che non si limitano ad integrare le norme legali, ma che pretendono di sostituirsi ad esse?".

Questo argomento è stato in passato affidato alla geniale intuizione di studiosi del diritto.

Al riguardo è interessante notare che, già nel 1922, F. Carnelutti - in *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 145 - ponendosi il problema della derogabilità delle norme sull'interpretazione, scriveva che: "abbia efficacia una clausola contrattuale, giusta la quale il contratto debba essere inteso secondo il senso letterale delle parole, anziché secondo le intenzioni dei contraenti, non è sostenibile".

L'impostazione di Carnelutti ha dato luogo ad un dibattito fra gli studiosi civilisti -Grassetti e Roppo, tra gli altri - divisi circa la possibilità di derogare agli articoli 1362 e ss. c.c.

La questione non era semplicemente e squisitamente dottrina, perché si trattava di stabilire se arrestarsi alla lettera del contratto oppure - come impone l'art. 1362 c.c. - di ricostruire la comune intenzione delle parti, facendo riferimento anche ai lavori preparatori.

Un tema di ieri ritorna come un tema di oggi. La risposta a questa domanda è particolarmente articolata, perché bisogna guardare ad ogni singola norma, dettata dal codice civile in materia di interpretazione del contratto, per stabilire se essa possa o meno essere derogata.

Cominciamo, quindi, dall'art. 1362 c.c. che dispone che: "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

Ora, laddove si giungesse ad ammettere la deroga della regola contenuta nell'art. 1362 c.c. si finirebbe con l'impedire al giudice di ricostruire la comune intenzione delle parti contro la lettera del contratto. In altri termini, al giudice sarebbe impedito di





tenere conto dei lavori preparatori, i quali, grazie alle comuni tecnologie, sono oggi conoscibili fin nel dettaglio. Basti pensare alle revisioni delle bozze scambiate per via telematica.

La risposta deve essere quindi negativa, in quanto si tratta di imporre ad un soggetto terzo, quale è il giudice, che svolge una funzione pubblica, una modalità di comportamento.

Qualcuno spiega l'inaammissibilità della deroga facendo ricorso alla buona fede. In realtà, tale inammissibilità dipende dal fatto che il giudice svolge una funzione di pubblico interesse, ricopre cioè un *munus publicum*

Diversa sarebbe, invece, la conclusione nell'ipotesi in cui le parti imponessero una simile regola interpretativa ad un arbitro. In questo caso il principio sarebbe di segno opposto, perché l'arbitro fa ciò che gli dicono le parti.

L'importanza dell'argomento impone chiarezza. In questa sede non si sta sostenendo che le parti non possono fare nulla di utile per la interpretazione del contratto, in quanto tutto e comunque deve essere fatto dal giudice. Le parti possono qualificare gli elementi fattuali, ma non possono imporre in modo vincolante al giudice le norme sull'interpretazione.

Un cenno merita, a questo punto, il tema relativo sulla qualificazione del contratto, in quanto è diffuso il convincimento secondo il quale le parti non possono vincolare il contratto alla qualificazione che le stesse danno del contratto medesimo.

Sul punto bisogna essere cauti, perché l'art. 12, comma 3, del nuovo c.p.c. francese prevede che le parti possono, invece, vincolare il giudice sulla qualificazione. In tal modo, il giudice francese, secondo la recente modifica legislativa, non può mettere in discussione quanto previsto dalle parti. Un principio quest'ultimo che contrasta nel nostro ordinamento giuridico con il principio di libertà e di libero convincimento da parte del giudice.

Con riferimento, poi, all'art. 1363 c.c., va detto che tale norma enuncia il canone della totalità, che è complementare al principio di cui all'art. 1362 c.c. Il canone della totalità è un principio che opera in qualunque contesto interpretativo e, quindi, non ha molto senso parlare di una sua deroga.

L'art. 1364 c.c., a sua volta, si occupa delle espressioni generali. Segnatamente, la norma in essa contenuta statuisce che: «Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare».

Questa disposizione è espressione di una scelta di politica legislativa, analogamente alla regola sulle convenzioni del contratto, dettata dall'art. 304 c.p.c. Qui, però, troviamo una regola interpretativa diametralmente opposta, la quale stabilisce che la

convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto. Quindi una prospettiva esattamente contraria alla precedente.

Ma se l'art. 1364 è espressione di una scelta del legislatore, tra quelle possibili, perché ritenere che le parti non possono diversamente decidere, qualora ritengano più razionale nel caso concreto una norma in tema di interpretazione del contratto?

In questo caso può ritenersi ammissibile una apertura in senso più liberale.

L'art. 1366 c.c., infine, afferma il principio secondo il quale il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.

Ora bisogna chiedersi: «Può essere derogata una simile norma?» Ma soprattutto bisogna domandarsi: «Se le corti, invase dal principio di buona fede, ex art. 1366 c.c., hanno costruito, nel silenzio del contratto, una serie di obbligazioni aggiuntive, queste ultime valgono anche per i futuri contratti, analoghi a quelli che hanno già dato luogo a controversie, oppure le parti possono diversamente regolarli? In altri termini, le parti possono regolare quei profili che, nel silenzio del contratto, sono stati regolati dalle corti in modo difforme, in applicazione del principio di buona fede?»

Anche qui la risposta può essere di segno positivo.

Sul punto, c'è una sentenza della Cassazione che ha deciso che, nell'ipotesi in cui cambi la tecnologia di impresa, il datore di lavoro deve supportare a suo carico, nel silenzio del contratto di lavoro, gli oneri di aggiornamento dei dipendenti.

Ora, un nuovo contratto potrebbe disporre diversamente?

La risposta non può che essere affermativa, perché questi obblighi aggiuntivi inseriti dalle Corti sono disponibili dalle parti.

C'è, però, un ulteriore aspetto da approfondire e riguarda l'interpretazione del contratto alieno, ovvero del contratto che è tale non per il fatto che contiene al suo interno delle clausole sulla interpretazione, ma perché pensato con categorie che non sono le nostre.

In questo caso occorre distinguere fra una prima ed una seconda fase del procedimento interpretativo.

Nella prima fase l'interprete deve cogliere il significato delle espressioni che sono utilizzate nel contratto, per come esse sono intese nel contesto anglo-americano in cui vengono applicate.

C'è poi una seconda fase di verifica della compatibilità di tali espressioni con il diritto italiano.

Questo non è un discorso meramente dogmatico. Infatti, bisogna prima chiedersi cosa significa il termine nel contesto in cui è nato e, soltanto dopo,

procedere ad una verifica di compatibilità con l'ordinamento che riceve l'innesto della clausola straniera.

Un ultimo profilo da analizzare è quello relativo al rapporto fra interpretazione del contratto ed il tempo. Ci si chiede se nella interpretazione del contratto possa rilevare la circostanza che una determinata parola assume significati diversi in date diverse.

Si può, al riguardo, fare un esempio. Si pensi ad un contratto in cui si prevede che un *manager* avrà una somma nel momento in cui decida di lasciare la società, e che tale somma verrà calcolata in relazione al fatturato che "oggi" alla società del gruppo derivi dalla attività di consulenza.

Ora questa clausola viene stipulata oggi, in un momento in cui il gruppo svolge attività di consulenza con un determinato fatturato. Il *manager* rimane in società per dieci anni.

Quando il *manager* decide di andare via, bisogna stabilire la somma che gli spetta, in base a quella clausola, tenendo conto del fatturato di "oggi" oppure assume rilevanza la circostanza che nel tempo l'attività di consulenza ha subito delle variazioni?

Il problema resta aperto.

2. "L'interpretazione del contratto tra autonomia privata e processo".

Il problema della interpretazione del contratto assume rilevanza quando insorge la lite e si entra nel processo. È nel processo che si pone, in tutta la sua risonanza, per così dire, il problema della interpretazione del contratto.

Rispetto a questo problema l'autonomia privata può ricoprire un ruolo fondamentale, in quanto essa può costituire una possibile fonte delle regole del procedimento ermeneutico. In questo caso, il contratto, da "oggetto" del procedimento ermeneutico, diventa "fonte" delle regole dell'interpretazione.

Qui si pone il problema della derogabilità o meno delle norme sull'interpretazione del contratto ad opera dei privati.

Questo tema è rimasto sostanzialmente affidato al discorso teleologico e non ha suscitato una grande attenzione nella nostra esperienza dottrina, ancora più nella nostra esperienza giurisprudenziale, dove non sono rintracciabili sentenze che si occupano significativamente di questo problema.

Diversamente accade in altre esperienze giuridiche, come ad esempio nei Paesi di *common law*, dove sono frequenti le clausole che contengono regole interpretative che circoscrivono rigorosamente il materiale interpretativo utilizzabile dal giudice.

L'utilizzo di tali clausole risponde sostanzialmente ad una esigenza di credibilità dell'esito interpretativo. Esse si spiegano per la preoccupazione, tipica dei contratti di *common law*, che il giudice non abbia a riscrivere il regolamento contrattuale in luogo delle parti. Il giudice, cioè, non deve entrare a giocare la partita, ma deve soltanto governare il fenomeno interpretativo in base alle regole ermeneutiche fissate dalle parti.

Questa è probabilmente la spiegazione più corretta dell'accreditarsi di tale fenomeno nel modello di *common law*, e, al contempo, la ragione della sua mancata diffusione nel nostro ordinamento giuridico.

Qui probabilmente la famigerata, e tuttora controversa, regola dell'*in claris non fit interpretatio* potrebbe trovare una sua spiegazione se la si intende, appunto, nella prospettiva di una protezione del testo da possibili interventi manipolativi da parte del giudice. Effettivamente, il rifiuto di utilizzare tecniche interpretative diverse potrebbe spiegarsi nella prospettiva di una protezione del testo da possibili interventi di riscrittura del giudice, magari dando al contratto un significato quanto più vincolato alla lettera del testo.

Rimane, però, aperto il problema se ed in quale misura le regole interpretative possano essere derogate. Tale problema molto probabilmente deve i suoi natali anche al fatto che, già nell'ambito dei lavori della Commissione, ossia durante la elaborazione del codice civile previgente, si discuteva se tali norme dovessero considerarsi vincolanti, e, ancor più, se dovessero essere comprese all'interno del codice civile.

Già Grassetti, nel periodo relativo al codice previgente, dedicò al tema molta attenzione. Un problema che poi è stato risolto positivamente dal codice civile del 1942.

Probabilmente, e paradossalmente per certi versi, la situazione non sarebbe molto cambiata in assenza ora delle norme sulla interpretazione del codice del 1865, ora di quelle contenute nel codice del 1942.

Allo stesso tempo, però, sarebbe molto cambiato il modo di fare i processi, non fosse altro per il fatto che, se le norme sulla interpretazione sono intese come norme giuridiche, è ammissibile un ricorso di legittimità, per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto, cosa che ovviamente è preclusa laddove siffatte norme fossero manchevoli del crisma della giuridicità.

Detto quanto, è altrettanto vero che l'art. 1363 c.c. sarebbe difficilmente immaginabile come norma derogabile, proprio perché il principio di totalità è difficilmente espungibile, per così dire, da qualsiasi procedimento ermeneutico che non voglia essere totalmente irragionevole.





In altre parole, le regole di interpretazione, per come condensate negli articoli dal 1362 al 1371 c.c., hanno un loro asse intrinseco di logicità e di corrispondenza ad una consolidata funzione culturale. Hanno cioè una logica, in base alla quale, per certi versi, il problema della loro derogabilità o inderogabilità forse può essere considerato un falso problema, perché sarebbe completamente irragionevole immaginare dei contraenti che derogano alla regola dell'art. 1363 c.c.

Ragionando su questa premessa, il problema della derogabilità delle regole ermeneutiche, per come dettate nel codice civile, forse è circoscrivibile, nonostante la sua pur ancora ricca criticità.

Tale obiettivo può essere raggiunto se si accetta l'idea di una relatività dei criteri di interpretazione, con ciò intendendo fare riferimento alla circostanza che non tutti i contratti possono essere interpretati allo stesso modo.

Non si può interpretare allo stesso modo il contratto di commercio internazionale ed il contratto del piccolo commercio; il contratto di compravendita ed il contratto di cessione di partecipazione azionaria; il contratto costitutivo di società ed al contratto collettivo di lavoro.

Il discorso sulla derogabilità o meno delle regole sulla interpretazione non va cioè affrontato "norma per norma", ma "contratto per contratto", tenendo conto del tipo di contratto che abbiamo di fronte, della sua natura e della tipologia degli effetti che da esso originano.

Per fare un esempio prendiamo in considerazione i contratti che producono effetti verso i quali i terzi possano nutrire un ragionevole affidamento. Nello specifico, si pensi al contratto costitutivo di società.

Ebbene, un simile contratto non potrebbe al suo interno presentare clausole derogatorie dei criteri ermeneutici posti dal codice civile, perché i terzi, secondo la regola del ragionevole affidamento, non possono vedersi opposta una scelta di autonomia privata che ponga fuori gioco questa o quella regola interpretativa.

Detto quanto, a questo punto, bisogna inserire il discorso relativo alla derogabilità o meno della regola di buona fede contrattuale.

Come è noto, tale regola, in generale, è considerata inderogabile.

In questa direzione sono orientati anche i progetti di diritto privato europeo dei contratti, i quali attribuiscono un principio di valore inderogabile alla regola della buona fede, in quanto principio di governo *tout court* della intera materia contrattuale.

Ciò assume rilievo non tanto nei casi - puramente scolastici - nei quali le parti affermino programmaticamente di voler interpretare il contratto in ma-

niera sleale, e cioè in maniera tale da deviare il ragionevole affidamento creatosi sul senso della dichiarazione dell'uno e dell'altro contraente, ma nei casi in cui le parti tendono ad accreditare soluzioni irragionevoli sulla base di una razionalità economica dell'operazione.

Fin qui per quel che riguarda l'aspetto della derogabilità delle norme interpretative. Rimane da affrontare l'altro termine del problema, e cioè il processo, che costituisce il reale ambito di risonanza del problema interpretativo.

Nell'ambito del processo il primo problema con il quale bisogna confrontarsi viene messo in evidenza dal Prof. P. Schlesinger, in *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, 1136 ss.

L'Autore affronta il problema se le parti possano vincolare il giudice rispetto alla interpretazione da dare al contratto, salvo poi non essere più d'accordo.

In questa situazione, secondo l'Autore, il principio dispositivo è fuori baricentro rispetto al problema interpretativo. Il principio dispositivo riguarderebbe solamente le enunciazioni delle parti sui fatti posti a fondamento delle rispettive affermazioni, mentre da esso esulerebbe la fase dell'accertamento di significato di una dichiarazione.

Il principio dispositivo riguarda il fatto. L'interpretazione del contratto riguarda il valore dell'atto di autonomia privata, cioè il contenuto pre-cettivo della regola nella quale si risolve l'atto di autonomia privata.

Questa premessa consente di risolvere il problema se il novellato art. 115 c.p.c. - secondo il quale, salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza - riguardi o meno il tema della interpretazione.

Infatti, l'interpretazione del contratto non è un fatto che può dirsi allegato in senso processuale. La non contestazione si riferisce solo a fatti, e non a valutazioni o qualificazioni giuridiche. La prima sentenza che ha affermato il principio di non contestazione è una sentenza relativa al processo del lavoro, dove l'art. 416 c.p.c. onera la parte convenuta di contestare specificamente i fatti allegati dall'attore.

Muovendo da tale premessa, la giurisprudenza della Cassazione, prima a Sezioni Semplici e poi Unite, ha cominciato ad affermare che nel processo del lavoro, la sanzione della violazione dell'onere di specifica contestazione è la prova del fatto, non

specificamente contestato, contro la parte che non abbia adempiuto all'onere di specifica contestazione.

Ma ciò riguarda solo i fatti allegati e non può riguardare la valutazione dei fatti, che rimane estranea all'area del principio di non contestazione.

Ecco, dunque, che l'art. 115 c.p.c. non ha nulla che vedere con il problema che il Prof. Schlesinger sollevava nel 1963, e rispetto al quale resta valido e condivisibile il suo insegnamento e la sua soluzione.

Pertanto, il giudice è sempre libero di dare una interpretazione del contratto diversa da quella che in ipotesi la parti, anche concordemente, hanno prospettato.

Su tali affermazioni si innesta la trattazione di un'altra disposizione del c.p.c., cioè il novellato art. 101, sul principio del contraddittorio².

Questo principio è la codificazione di una regola giurisprudenziale che già la Cassazione aveva affermato circa dieci anni fa: il divieto della terza via. Il giudice non può di sua iniziativa andare alla ricerca di una terza via interpretativa, ma deve prima sottoporre tale scelta alle parti costituite. Segnatamente, la norma prevede che se il giudice ritiene di porre a fondamento della propria decisione una questione rilevata d'ufficio, egli deve riservarsi nella decisione affidando alle parti un termine nel quale esse devono esprimersi sul punto depositando una memoria.

Questa norma potrebbe offrire un adeguato rimedio per la tutela del contraddittorio e per la tutela delle parti verso decisioni a sorpresa. In altri termini, essa potrebbe offrire un adeguato rimedio rispetto alla preoccupazione che le parti possano trovarsi di fronte a soluzioni non previste.

In conclusione, se il procedimento ermeneutico rimane inteso come un procedimento di ricostruzione del significato giuridicamente vincolante della regola privata, che non si estende a dettare una riscrittura del regolamento contrattuale, è possibile risolvere ora il problema della derogabilità delle regole interpretative ad opera dei privati, ora il problema relativo ai limiti entro i quali il giudice può proporre una lettura ermeneutica diversa da quella sottoscritta dalle parti del contratto.

Tutto questo è possibile proprio perché nella nostra tradizione giurisprudenziale, in materia di interpretazione del contratto, non sembrano accredita-

² Tale norma così recita: "Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

te quelle enunciazioni atte a riscrivere il regolamento contrattuale (come, invece, è avvenuto nell'esperienza di *common law*).

3. "Interpretazione contrattuale e scritture di conflitto".

La trattazione del tema "Interpretazione contrattuale e scritture di conflitto" richiede alcune considerazioni preliminari relative a cosa deve intendersi per interpretazione.

All'interno del momento interpretativo è possibile riscontrare l'esistenza di un momento epistemico e di un momento istituzionale.

Il primo momento è maggiormente noto, perché è diffusa l'idea che raffigura la teoria della interpretazione come una teoria della conoscenza, ovverosia come un procedimento che dà significato a qualcosa: fatto o legge che esso sia.

Questo, però, è solamente uno degli aspetti che riguardano l'interpretazione.

Quando si confrontano le metodologie ermeneutiche, c'è un secondo momento che resta sullo sfondo: quello istituzionale, che riguarda la competenza ermeneutica.

La teoria della interpretazione è sempre pensata in funzione specifica di un decisore.

Quando un decisore decide, non prende soltanto conoscenza di un fatto o di una legge, ma decide, contemporaneamente, anche sulla propria competenza ermeneutica, cioè sulla propria abilitazione, all'interno dell'ordinamento giuridico, a chiudere la controversia, senza delegarla ad altri.

Interpretazione, dunque, come la scelta di non delegare la decisione ad un altro.

Si consideri, al riguardo, come possa essere diversa l'interpretazione di una legge se a farla sia una Autorità amministrativa oppure la Corte Costituzionale.

Nell'una si premia la capacità di creare connessioni, la possibilità di immaginare analogie o costruzioni sistematiche. Questo, però, diventa un problema quando a decidere sia un Amministratore.

Ancora si pensi alla interpretazione letterale, che costituisce una leva metodologica ricorrente nelle decisioni della Corte di Cassazione, mentre è del tutto assente nelle sentenze della Corte Costituzionale.

Ciò dipende proprio da ragioni di ordine istituzionale.

Per meglio intendersi, è bene ricordare che la Corte di Cassazione, negli anni 1956 e seguenti - per fare riferimento proprio al periodo in cui entra in funzione la Corte costituzionale - avendo interesse ad una strategia deflattiva, ossia a non incremen-





tare gli accessi alla Corte, rinvenne nella interpretazione letterale una leva metodologica adeguata a restringere la mole di contenzioso.

Ben diversa fu la posizione della Corte Costituzionale che, laddove avesse fatto ricorso alla interpretazione letterale, avrebbe, nei fatti, finito con l'esautorarsi di ogni sua funzione.

Si pensi a quale sarebbe stato il destino della Costituzione, e della stessa Corte Costituzionale, se quest'ultima, nella sua prima e storica sentenza, avesse pronunciato il principio "*in claris non fit interpretatio*".

Non va però nemmeno dimenticato che quando, a partire dagli anni ottanta, la Corte Costituzionale ha avuto bisogno di ricercare delle strategie deflative, essa ha seguito l'altra strada, riscrivendo le regole di accesso alla Corte, che prevedevano la non manifesta infondatezza e la rilevanza, ed introducendo un terzo carattere, quale l'obbligo di interpretazione conforme da parte del giudice *a quo*.

Da quanto fin qui detto traiamo, come prime conclusioni, che i decisori lavorano nelle Istituzioni; che si collocano rispetto agli altri; che le teorie si collocano nel contesto storico, e ognuna ha una propria via. Insomma, traiamo la conclusione che la teoria della interpretazione deve essere studiata non soltanto come teoria della conoscenza, ma anche come parte della storia istituzionale dei decisori che si collocano al suo interno.

Tutto questo vale ovviamente anche quando si parla di interpretazione del contratto. E, sul punto, non è necessario soffermarsi ulteriormente perché è difficile trovare ancora sostenitori della teoria della separazione fra interpretazione della legge ed interpretazione del contratto.

Invece è interessante capire "come si muovono i contratti dentro la pratica del fare contratti".

Il contratto è un prodotto, il frutto di una attività sequenziale che fa parte dell'impresa. È il segmento di un'attività più ampia che è l'attività di contrattazione. È un prodotto dell'impresa che se ne serve.

Ebbene rispetto a questi contratti, che sono prodotti in serie, e rispetto a questa attività di produzione normativa, che è appunto in serie, quale è il ruolo dell'interpretazione?

Lo scopo della teoria della interpretazione è quella di indurre le parti a stipulare contratti chiari, cioè a ridurre la vaghezza contrattuale.

In questo, in effetti, non vi è alcun elemento riflessivo di novità o di originalità.

Già nel 1927 Gaston Morin - in *La loi et le contrat*, trad. *La legge e il contratto: la decadenza della loro sovranità* - scrive che "negli accordi della libertà contrattuale succede il fatto della dittatura del potente che

impone un regolamento ad una moltitudine di più deboli".

Friedrich Hessler, padre della dottrina contrattualistica in America, nel 1943 scrive che "la società proclamando la libertà contrattuale garantisce che non si interferirà nell'esercizio del potere affidato dal contratto. La libertà contrattuale abilita gli imprenditori a legiferare per contratto e ciò che è ancora più importante a legiferare in una maniera autoritaria, senza usare l'apparenza di forme autoritarie".

Il contratto, quindi, può avere dei momenti di forte egemonia e dittatura, e questa egemonia parla attraverso le forme ed attraverso la lingua del consenso.

Ma allora come si interpretano queste scritte che nascono in un contesto così fortemente conflittuale, fra dominanti e dominati, fra egemonizzanti ed egemoni?

Il primo passo da fare, come dicevo in esordio di intervento, è il realismo, cioè valutare, in concreto, il contesto in cui nasce il contratto.

Interessante, al riguardo, è lo scritto di una studiosa americana Michelle E. Boardman, dal titolo "*Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*," *Michigan Law Review*, Vol. 104:1105. L'Autrice, in omaggio alla nostra tradizione, ha studiato come la regola della *interpretatio contra stipulatorem* possa incidere sulla costruzione del contratto.

Lo studio si riferisce, soprattutto, al mandato assicurativo quale metodo di contrattazione diffusa, ma l'idea di fondo, in esso contenuta, può valere per tutte le tipologie predisposizione unilaterale di contratto.

In estrema sintesi, la studiosa parte dalla considerazione che "oramai sono decenni che anche in America si continua ad affermare che la vaghezza e la ambiguità di una clausola è in danno del contraente forte. Eppure questo *trend* giurisprudenziale non ha migliorato lo stato ed il livello della contrattazione. I contratti continuano ad essere sempre più lunghi e sempre più complessi. A chi parlano gli uffici legali che per le imprese assicurative confezionano i contratti? Non parlano certamente alle parti che semplicemente firmano, ma alle Corti. Si è creato un vero e proprio circolo vizioso nel quale gli Avvocati scrivono in considerazione dei precedenti delle Corti, e le Corti rispondono. E ad ogni giro ermeneutico i contratti divengono sempre più complessi, perché si stratificano le formulazioni linguistiche vecchie sulle varianti aggiunte che intervengono nel tempo".

Tutto questo vuole significare che attraverso una determinata scelta si raggiunge un risultato opposto a quello atteso. Così nel nostro caso, i contraenti

stanno peggio e non meglio, ed è bene intervenire a monte su quella scelta, cioè sulla struttura teorica predisposta per raggiungere quel determinato risultato, perché essa, nei fatti, non funziona.

Da tutto quanto fin qui detto possiamo ricavare due principi.

Il primo è il principio di dipendenza della interpretazione al contesto in cui è stato prodotto il dato testuale. Bisogna cioè considerare la concreta modalità con cui il contratto è stato realizzato.

Il secondo principio riguarda la efficienza regolativa dell'interpretazione. Una teoria dell'interpretazione deve garantire un esito ermeneutico che consenta la massima variabilità possibile del contenuto dei contratti futuri. Deve cioè essere effettivamente consentito ai futuri contraenti la possibilità di cambiare il testo che ha generato l'ambiguità.

In estrema sintesi, lo scopo della teoria dell'interpretazione non è tanto quello di sciogliere le oscurità del testo, quanto quello di indurre le parti a stipulare contratti chiari, di modo da ridurre la vaghezza contrattuale. L'interpretazione in funzione applicativa è uno strumento di garanzia della funzionalità della contrattazione contro le patologie della complessità.

Bisogna, a questo punto, esaminare un ulteriore profilo. Ed è quello relativo alla derogabilità o inderogabilità delle norme legali dell'interpretazione.

L'inderogabilità delle norme sulla interpretazione dipenda dalla loro applicabilità, nel senso che il giudice, una volta che si sia convinto, in applicazione del principio dell'efficienza regolativa, che quel criterio ermeneutico sia il più adeguato rispetto ad un determinato contesto, allora, quella regola non si può più derogare.

Ciò significa che le norme legali possono essere disapplicate, ma se sono applicate, cioè se il giudice le applica in ragione del principio appena esposto, allora, le stesse norme saranno inderogabili.

Quanto poi al tema relativo ai poteri di scrittura delle parti, bisogna distinguere fra interpretazione letterale ed interpretazione correttiva.

Quando si parla di interpretazione letterale si fa riferimento a due persone che hanno un potere di scrittura equivalente, che sono in grado in futuro di riscrivere il contratto come meglio credono. Quando, invece, parliamo di interpretazione correttiva, si fa riferimento ad una ipotesi in cui c'è una parte che ha un minimo di potere di scrittura, e, quindi, si rende necessario l'intervento del giudice.

Bisogna anche domandarsi se, come avviene per la legge, le lacune contrattuali possano essere colmate per analogia. E ancora più bisogna chiedersi se la lacuna debba essere colmata tramite il ricorso all'integrazione, cioè attraverso il diritto dispositi-

vo, oppure tramite il ricorso all'interpretazione integrativa, la quale prescinde dall'applicazione delle norme dispositive.

Prevale, sul punto, l'integrazione delle lacune mediante il ricorso al diritto dispositivo, quando il contratto sia realmente tipico e la causa concreta corrisponda a quel tipo di contratto. In tutte le altre ipotesi, invece, prevale l'interpretazione integrativa.

Nessuno, però, parla di analogia.

Rispetto a questo tema è bene anche chiedersi cosa avviene quando il contratto sia soggetto a rinegoziazione, e una delle parti, verificata la lacuna, si rifiuti di rinegoziare e di integrare così la lacuna del contratto.

In questa ipotesi il rifiuto di integrazione del contratto assume una rilevanza ai fini della violazione dell'obbligo di rinegoziazione? La risposta deve essere di segno positivo, ed il giudice deve fare quello che le parti non hanno inteso fare.

L'ultimo problema è se le parti possono escludere, del tramite di apposite clausole, ora una interpretazione che non sia letterale, ora la rilevanza del loro comportamento successivo.

In questo caso si verifica un fenomeno di concorso tra fonti.

L'interpretazione letterale (che assume un senso solo nei contesti autoritativi) rafforza chi la può usare. Ciò spiega la ragione per cui i giudici difficilmente si disaffezionano all'argomento letterale. Ciò spiega anche la fortuna del principio dell' "*in claris non fit interpretatio*" presso la giurisprudenza.

Attraverso una clausola di divieto dell'interpretazione letterale le parti cercano di incidere sul potere ermeneutico del giudice. Ora se siamo in un contesto nel quale le parti hanno il medesimo potere di riscrivere il futuro contratto, l'interpretazione letterale può aver senso, e allora potrà andare bene la norma che prevede il divieto di interpretazione non letterale.

Se, invece, si è in un contesto dove le parti non hanno un potere significativo, in ordine alla possibilità di poter riscrivere meglio il futuro contratto, l'interpretazione letterale non risulta idonea, e sarà, quindi, applicabile la regola che vieta la possibilità di potersi basare soltanto sull'argomento letterale. In tal modo la clausola che prevede il divieto di interpretazione letterale sarà nulla.

4. "La disponibilità linguistica del testo"

Nell'ambito del principio dispositivo è possibile tre forme di disponibilità:

- 1) una disponibilità linguistica interna al testo;
- 2) una disponibilità linguistica esterna al testo, (cioè rispetto ai terzi);



3) una disponibilità linguistica istituzionale (cioè da parte del giudice).

Rispetto a tale ripartizione riveste una fondamentale importanza la lettera del testo, in quanto il testo è comprensibile soltanto attraverso il lemma lettera o letterarietà. Non esiste un testo che non sia letterale.

Se si analizza il fenomeno linguistico, è vero che il problema epistemico, per così dire, si intreccia con altri temi, ma è altrettanto vero che il problema epistemico è fondante.

La lettera è costitutiva del testo. Ma cos'è la lettera o la letteralità?

Sul punto, il problema è rappresentato dal fatto che si sono stratificate, nel tempo, teorie che non tengono conto di alcune distinzioni che non sono propriamente di metodo o della scienza giuridica quanto piuttosto della scienza linguistica.

Una di queste distinzioni - importante per comprendere il fenomeno della lingua nella configurazione dei testi - è la distinzione fra due concetti o fasi fondamentali: il concetto di codificazione e decodificazione, da un lato, ed il concetto di interpretazione, dall'altro.

La codificazione - dicono i linguisti - è il passaggio dal segno al simbolo. Essa consente di contraddistinguere la parola, e di renderla diversa rispetto ad uno scarabocchio. Soprattutto essa spiega la ragione per quale il medesimo segno materiale, che colpisce i nostri sensi, può essere qualificato come parola piuttosto che come nulla.

Il segno ubbidisce ad una regola linguistica, la quale lo rende riconoscibile all'intelletto.

Quando ci si riferisce ad un testo, si evoca necessariamente ed immancabilmente una riconoscibilità letterale: il testo è già l'esito di un giudizio. Dire testo non vuol dire stare davanti ad un dato neutrale, ma significa aver già capito qualcosa. Dire testo significa avere già riconosciuto quei segni in ragione dei criteri di composizione linguistica a cui essi obbediscono.

Interpretare non significa, quindi, attribuire un senso.

Per meglio intendersi, sul punto, è bene considerare che quando si formulano le domande: "cosa significa?" e "qual è il significato?", non si intende fare riferimento alla stessa cosa.

"Cosa significa" evoca il senso letterale di un testo. Tecnicamente, dal punto di vista linguistico, è decodificare il testo. Il significato di un testo non è l'esito della interpretazione, ma è l'esito di una ispezione linguistica, la quale restituisce all'osservatore il suo senso letterale, cioè l'associazione biunivoca tra segno e significato (la quale lo costituisce a testo).

La letteralità, quindi, non è superabile, perché la letteralità è ontologicamente il testo.

Per meglio dire, la letteralità è il testo stesso, per come esso è costituito nel fenomeno linguistico attraverso la codificazione.

Ne consegue che "cosa significa" non assume alcun rilievo interpretativo. Esso assume esclusivamente un rilievo linguistico. Il rilievo linguistico della codificazione avviene secondo un processo che può essere espresso o implicito.

E allora si suole parlare di convenzione o accordo di significazione piuttosto che di consuetudine di significazione. La lettera può essere il frutto di una convenzione di significazione, cioè di una attribuzione espressa, o di una associazione espressa tra significato e simbolo, piuttosto che frutto di una prassi, la quale, in un certo ambito sociale, restituisce ai componenti di una data comunità il senso letterale di un lemma, piuttosto che di una parola o di una frase.

Quando si parla di senso comune, o di senso letterale comune, ci si riferisce ad una consuetudine linguistica, ovvero a quel ripetersi di un uso, con i caratteri propri della consuetudine, che, da un lato, cristallizza l'associazione biunivoca tra segno e significato, e, dall'altro, rende quel segno riconoscibile dall'esterno come simbolo evocativo di quel determinato significato.

L'interpretazione, quindi, è un altro equivoco dei giuristi, i quali non tengono conto a sufficienza delle analisi linguistiche. Essi molto spesso contrappongono l'interpretazione letterale a quella metaletterale, logica, teleologica o funzionale.

E vi è una vasta letteratura, con moltissime sentenze, che testimoniano questo pseudoconflitto fra le due pseudoforme di interpretazione.

Da un lato, vi è l'interpretazione letterale, che si attiene alla lettera, e che vorrebbe conoscere il significato letterale di un determinato testo, e fermarsi là. Dall'altro, vi è l'interpretazione ultraletterale, in senso lato, che fa a meno della lettera, e volge ad individuare ora la vera intenzione delle parti, ora addirittura qualcosa che sta oltre le parti.

Dal punto di vista strettamente linguistico non può essere così.

Gli studiosi di linguistica, infatti, affermano che l'interpretazione non è l'attribuzione di un senso letterale, ma è la selezione di uno dei possibili sensi letterali che il testo restituisce attraverso la propria decodificazione.

Sono rari i casi di un testo monosemico, e cioè di un testo, di un insieme di parole che restituisce un solo senso. Sono rari i casi, pur se concettualmente possibili. Ove ciò accada, ci sarà chiarezza, tecnicamente ci sarà monosemia, in quanto il testo avrà un solo senso.



Ovviamente più il testo è semplice, meno combinazioni ed unità semantiche ci sono, e più aumenta la probabilità della monosemia. Più complesso è il testo, e maggiore sarà la probabilità della polisemia.

Frequentemente, poi, ci si imbatte in testi caratterizzati dalla polisemia, ossia in testi che, attraverso l'applicazione dei criteri di significazione di cui il testo è intrinsecamente dotato, restituiscono una pluralità di sensi.

In questo caso l'interpretazione costituisce il metro di selezione di uno dei possibili sensi letterali del testo polisemico. Postula la decodificazione del testo e l'identificazione di tutto lo spettro dei significati letterali. Scioglie, nell'ermeneusi del testo, la polisemia in monosemia, individuando in forza di criteri ultraletterali - dato che la lettera non è in grado da sola di restituire un unico significato - uno dei possibili significati del testo.

Ne discende che il conflitto tra interpretazione letterale e ultraletterale è, in realtà, uno pseudo conflitto: l'interpretazione è sempre letterale. L'interpretazione è la scelta di uno dei possibili significati del testo, perché l'interprete non inventa un significato che il testo già non possieda. L'interprete sceglie uno dei possibili significati del testo.

Con riferimento, poi, alla disponibilità interna del significato testo, bisogna chiedersi: "Possono le parti convenire un significato del testo in grado di vincolare il giudice?". Se si ragiona in termini di interpretazione, non si riesce a fornire una risposta univoca, in quanto il problema si risolverebbe nella domanda se le norme sull'interpretazione siano derogabili o meno. Mentre, invece, in questa ipotesi non c'è interpretazione, perché le parti che attribuiscono un significato proprio, o specifico, ad una parola del contratto, non interpretano il contratto, ma lo codificano.

Le parti, cioè, istituiscono un vocabolario interno al contratto. Determinano una associazione linguistica letterale, che si risolve in una convenzione di codificazione che caratterizza qualsiasi testo linguistico.

In questa ipotesi la fonte contrattuale contiene in sé il proprio vocabolario ed il giudice non può non tenerne conto, non può far finta di nulla, non può non considerare che le parti abbiano ridefinito, ridecodificato il significato della parola.

Dunque, non ha senso porre il problema se le norme in materia di interpretazione siano o meno vincolanti per il giudice. In questo caso non si è in presenza di interpretazione ma di decodificazione.

Il giudice ha la necessità logica di riconoscere il complesso dei morfemi, degli stilemi, delle parole, che le parti hanno dato alle parole, di riconoscerle

come testo. Soltanto laddove la decodificazione restituisca una polisemia del testo, allora, inizia il problema della interpretazione.

Ma questo problema è un problema ultraletterale, perché l'interpretazione è sempre ultraletterale. L'interpretazione - per definizione - deve sempre ricorrere ad un criterio diverso dalla lettera, perché per definizione qui c'è la necessità di scegliere uno tra i possibili significati letterali.

Quanto la lettera restituisce più significati, qui interviene artificialmente la legge per scegliere tra i vari significati letterali.

Questo è il vero senso giuridico dell'interpretazione. L'interpretazione è il fenomeno regolato dalla legge; non è la codificazione.

La lettera gode per propria intrinseca natura, per propria natura logica ed ontologica, di un primato, il quale è presupposto dalla legge. Non esiste una disciplina della letteralità. Non esiste una disciplina della codificazione, ma esiste una disciplina della interpretazione. Così i criteri di soluzione della polisemia sono quelli previsti, nel nostro codice civile, dall'art. 1362 ss. c.c.

A questo punto bisogna chiedersi: "Le parti possono modificare i criteri di soluzione della polisemia del testo?"

Questa è una domanda diversa rispetto a quella precedente, che prende in considerazione l'eventualità in cui le parti intendono vincolare il giudice ad un determinato senso da essi attribuito alle parole. Le definizioni contrattuali non costituiscono un criterio interpretativo, ma un criterio di codificazione e di significazione del testo.

In altre parole le definizioni contrattuali sono il vocabolario del contratto a cui il giudice deve necessariamente ricorrere per decodificare il testo. Le definizioni contrattuali non pongono, quindi, un problema di interpretazione, né tantomeno un problema di deroga alla disciplina della interpretazione.

Un altro problema da esaminare, facendo riferimento ai casi statisticamente più plausibili, riguarda l'ipotesi in cui le parti, anziché regolare espressamente l'interpretazione, si comportano in modo difforme ed incongruo rispetto al significato letterale del contratto.

Qual è, in questo caso, il significato corretto? Quale è il significato che il giudice deve isolare come significato giuridicamente coerente e giuridicamente rilevante? Cosa accade quando le parti, successivamente alla stipulazione del contratto, modificano espressamente una definizione contrattuale, riattribuendo significato, e ricodificando una parola, così da determinare un cambiamento del significato originale del contratto?

Sono questi i casi statisticamente più plausibili, in quanto si tratta dei casi in cui le parti pongono in





essere un comportamento ora incoerente rispetto ai significati del testo, ora nuovo rispetto alla sua definizione contrattuale.

In questo caso le risposte possono essere orientate secondo questa logica.

In primo luogo qualsiasi successiva codificazione perde la propria natura linguistica per assumere rilevanza novativa. Le parti che modificano i nessi di significazione originaria del contratto non stanno accertando il significato del contratto. Questo non è un negozio di accertamento del senso - su cui pure tanto si è dibattuto in passato - quanto piuttosto è un cambiamento dello stesso statuto giuridico del contratto, che altro non è se non un significato del testo. Se le parti cambiano le relazioni di significazione del testo, e le cambiano successivamente alla stipulazione del contratto, nei fatti, esse finiscono per cambiare il contratto stesso.

Qui il problema della disponibilità non è più un problema linguistico.

Certo è che le parti hanno la disponibilità linguistica del testo, ma è altrettanto vero che tale potere perdura fino al perfezionamento del testo, che è un momento storicamente determinato, che ha un suo tempo e un proprio luogo, e che è, in sintesi, un fatto.

Una volta eretto il testo, non possono esserci vicende linguistiche del significato della lettera e del testo, ma solo vicende giuridiche del rapporto dello statuto giuridico espresso dal testo.

E' chiaro che l'eventuale successivo accordo di significazione delle parti sarà sempre e soltanto una novazione. E ciò non si inquadra nell'ambito dell'interpretazione, bensì nell'ambito delle disponibilità delle situazioni giuridiche sostanziali.

Le parti possono disporre di quello statuto giuridico, ma si tratterà pur sempre di una disponibilità *ex nunc*, e non già *ex tunc*, perché non è un fenomeno linguistico che risale al significato del testo, ma è novazione dello statuto giuridico.

Quanto detto pone un problema. Se le parti, successivamente alla stipulazione del contratto si comportano in modo contrario alla convenzione linguistica, che esse stesse hanno ridotto nel testo contrattuale e consegnato alla ricodificazione giudiziale, il giudice deve tener conto di tale comportamento?

Anche qui la risposta dipende dalla distinzione tra interpretazione e codificazione.

Muovendo da tale distinzione, si potrebbe affermare delle due l'una.

Se il comportamento successivo delle parti serve a dirimere una controversia sulla polisemia letterale del contratto, cioè sulla circostanza che il testo abbia una pluralità di significati letterali, allora necessariamente il comportamento successivo delle parti

sarà valutato dal giudice che ne deve tenere conto come elemento ultraletterale utile per la scelta.

Se, invece, è assente la polisemia, ed il testo ha un solo significato letterale, allora, le parti fingono di litigare sul senso del testo del contratto, in quanto quest'ultimo, rispondendo ai propri criteri di formazione, può restituire un solo significato, e, quindi, non ha bisogno di essere interpretato.

In definitiva, *in claris non fit interpretatio* significa che nel caso in cui vi sia un solo significato non si dà luogo ad interpretazione.

In ultimo, bisogna affrontare il controverso rapporto fra interpretazione ed integrazione.

Irrompono, in materia, i principi generali, le decisioni della Corte europea di Giustizia, della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, nonché il fenomeno della disapplicazione della legge.

Dal punto di vista squisitamente ermeneutico la disapplicazione della legge è una ultima *ratio*, giustificata dalla impossibilità di riconoscere un senso letterale conforme a Costituzione come all'ordinamento comunitario.

Se manca uno dei possibili significati del testo, e nessuno di essi è compatibile con il testo costituzionale, allora, si fa luogo a disapplicazione.

Fino a questo punto vi è concordia. Il problema si verifica quando anziché di compiere il percorso descritto, si maschera da fenomeno ermeneutico quello che non è, in realtà, un fenomeno ermeneutico. Si fanno cioè delle interpretazioni correttive, che immettono nel contenuto del contratto un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello che esse possono dare all'esito della decodificazione.

In questo caso si sta compiendo, in realtà, una opera di ridefinizione dei sensi, e di ricodificazione dei testi. Quest'ultima non è una opera di interpretazione, ma è una opera di integrazione, perché muta le relazioni linguistiche del testo ed istituisce un nuovo testo con un nuovo significato.

Ebbene questo tipo di interpretazione il giudice non la può fare, né sul contratto, né sulla legge. Non può farla sul contratto, attraverso la clausola di buona fede, perché quest'ultima non è niente altro che una clausola di selezione di uno dei possibili significati del testo. Non può farla neppure sulla legge attraverso la applicazione di un principio gerarchicamente sovraordinato. Quindi delle due l'una.

Se il principio gerarchicamente sovraordinato è compatibile con uno dei significati letterali del testo, allora, si avrà interpretazione in senso stretto. Se nessuno dei significati letterali risulterà compatibile con il principio costituzionale, vi sarà una manifesta incostituzionalità della norma, e, quindi, la rimessione alla Corte Costituzionale.

Molte sentenze, invece, dicono il contrario. Ricodificano i testi e rideterminano le relazioni di significato degli stessi. In questo caso, in verità, non si ha interpretazione ma integrazione. In conclusione, in assenza di una chiara distinzione fra interpretazione ed integrazione si corre il rischio di una perenne approssimazione, con discorsi paralleli che non giungono mai ad una comprensione reciproca.

5. “Interpretazione più favorevole per il consumatore e poteri del giudice”.

Quando si affronta la tematica dell’interpretazione più favorevole per il consumatore, attualmente, ci si scontra con almeno quattro questioni, cui corrispondono quattro ipotesi, ovvero quattro esempi che bisogna richiamare.

Si tratta di questioni che sono state decise - o sono in via di decisione - da parte della Corte di Cassazione come della Corte di Giustizia. Segnatamente, i casi che assumono rilevanza in materia sono i seguenti.

Il primo riguarda il caso di un professionista che, in giudizio, invoca l’adempimento di un contratto nei riguardi del consumatore. In questo caso ci si chiede se il giudice possa o meno interpretare come vessatoria una clausola, sebbene nessuna delle parti abbia addotto questo tipo di significato in giudizio.

La seconda questione riguarda il potere del giudice. Si tratta di stabilire se il giudice, dinanzi al mancato accordo tra le parti circa il significato da attribuire ad una determinata clausola, possa indicare una terza via interpretativa, in maniera più favorevole per il consumatore, secondo il disposto dell’art. 35, co. 2, Codice del consumo.

Questa ipotesi è stata decisa dalla Corte di Cassazione francese.

Nel codice civile francese le regole interpretative, contenute nel *Code Civil*, non sono intese come norme imperative. E, quando è stato introdotto l’art. 132, comma 2, del codice del consumo, i francesi si sono affrettati a dire che quella era una norma imperativa, addirittura, che si trattava una norma imperativa di ordine pubblico, che legittima il controllo della Corte di Cassazione. La ragione di ciò risiederebbe nel fatto che la norma sull’interpretazione più favorevole al consumatore, in realtà, deve essere intesa nel senso di una norma assimilabile a quella sull’onere della prova, che, come il nostro art. 2697, distribuisce il rischio della prova.

Viceversa l’art 35, comma 2, distribuisce il rischio dell’ambiguità, e lo distribuisce in termini oggettivi.

Questo è un punto di fondamentale importanza, perché si incide sul potere del giudice di qualificare la clausola in quel determinato modo.

Il terzo caso attiene alla pretesa risarcitoria di un professionista.

Bisogna, qui, immaginare che nel contratto c’è una clausole vessatoria, del tipo di quella che esclude la facoltà di compensazione del consumatore, e che la vessatorietà della clausola non è stata eccepita nel corso del procedimento.

A fronte di ciò il giudice ha la potestà di rilevare officiosamente la vessatorietà della clausola, rigettando, in tal modo, la domanda di risarcimento proposta dal professionista?

Ora, riguardo a queste prime fattispecie, può riconoscersi al giudice il potere predetto, nella misura in cui seguiamo il condivisibile assunto secondo il quale il principio dispositivo non osta alla rilevanza decisoria di fatti c.d. secondari se non specificamente allegati, ma acquisiti al giudizio.

Il quarto caso - sottoposto al giudizio della Corte di giustizia, e di cui si attende la decisione il 15 marzo 2012 - è il seguente. Si chiede se per l’accertamento della vessatorietà di una clausola, rispetto alla quale è rilevante un fatto di cui non è stata data prova, il giudice - visto l’amplissimo spazio valutativo attribuito dall’art. 34 Codice del consumo - ha il potere di disporre l’assunzione di un mezzo di prova ritenuto utile o necessario per accertare la verità del fatto.

Su questa vicenda si sta molto discutendo, per la verità, sul versante processualciviltistico, pur essendo una questione anche sostanziale.

Secondo Zeno Zencovich esiste oramai un diritto processuale dei consumatori, per effetto del dato normativo e di quello giurisprudenziale, e allora non sarebbe configurabile un potere istruttorio autonomo del giudice.

In realtà, se ragioniamo così, dovremmo dire che in materia di diritto privato dei consumi - se vogliamo usare questa espressione - i poteri del giudice sono, comunitariamente prossimi a quelli del giudice del lavoro, secondo quanto dispone l’art. 421, co.2, c.p.c.

Si può, invece, ragionevolmente sostenere che non è tanto un problema di diritto processuale dei consumatori, inteso come diritto processuale speciale, quanto una questione - e qui ci sono dei riferimenti seppur non specifici alla materia in Proto Pisani - di diritti indisponibili o semi-indisponibili, come preferibile.

Altri autori - cfr. S. Mazzamuto, “*Il contratto di diritto europeo*” - quando affrontano, in questa materia, la questione dei poteri del giudice, che sono anche poteri istruttori, propongono una distinzione





tra processo “come strumento delle parti” e processo “come strumento ufficiale”.

Qui, in verità, il problema non è tanto quello di evitare una eccessiva discrezionalità, quanto piuttosto quello di cercare di delimitare questa discrezionalità.

Sotto questo profilo se si va a guardare la dottrina processualcivilistica, e quelle novità che sono state evidenziate, non c'è dubbio che ci sono due modi di leggere l'art 115 del c.p.c.

Il primo è quello tradizionale, e, qui, soccorre il riferimento al principio dispositivo.

Il secondo modo è quello suggerito da altri processualciviliisti, i quali non propongono di negare un diritto alla prova delle parti, quanto piuttosto di valutare se accanto ad un diritto alla prova integralmente tutelato il giudice possa assumere della prove rilevanti per la decisione, nonostante le parti non le abbiano edotte.

Qui il riferimento è all'art 101, co.2, c.p.c., relativo a quelli che sono i poteri del giudice rispetto alla rilevanza di ufficio delle questioni.

Se partiamo da questo assunto, al giudice è dato il potere di indicare la previsione da applicarsi alla fattispecie concreta dedotta in giudizio. Allora egli stesso la potrà anche porre a fondamento della propria decisione, a pena di nullità, ovviamente se essa non involge il contraddittorio delle parti.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha affrontato la questione due volte.

La prima volta è stato in occasione del caso Pannon. Nella sentenza si statuisce che il giudice ha l'obbligo di rilevare la vessatorietà della clausola - e questo è il punto importante - nel momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto, a tal fine, necessari.

Questa proposizione significa che disporre degli elementi di fatto e di diritto è condizione preliminare della rilevanza d'ufficio oppure che essa costituisce l'oggetto stesso dell'obbligo del giudice?

Al riguardo, la Corte di Giustizia, in una sentenza successiva del 2010, ha evidenziato l'obbligo per il giudice di adottare misure istruttorie. Il limite di questa sentenza è che è stata dettata con riguardo ad un caso di deroga al foro del consumatore, sicché si potrebbe obiettare che, in questo caso, per il giudice non sia necessaria una nuova attività istruttoria, ma sia sufficiente l'istruttoria formalizzata.

Il problema resta, invece, in tutti gli altri casi in cui la clausola vessatoria abbia un contenuto di carattere sostanziale. Questo passaggio si lega all'art. 35, co. 2, del Codice del consumo.

Cosa può fare il giudice davanti ad una clausola plurivoca (con pluralità di significati)?

Quando si parla di interpretazione più favorevole al consumatore, in realtà, ci sono due modi di leggerla.

Se la si legge alla tedesca - tecnica secondo la quale l'interpretazione più favorevole al consumatore non è quella che assicura ad esso il significato della clausola più vantaggiosa, ma è quella che gli assicura il risultato più vantaggioso - allora si tende a leggere la clausola nel significato più ostile, di modo che questa diventa vessatoria e così cade. Questo è il tipo di ragionamento che fa la Corte di Cassazione italiana, quando nei contratti assicurativi, interpreta le clausole di esonero da responsabilità.

C'è una sentenza del maggio 2011, che, appunto, riferisce di una interpretazione della clausola in senso più ostile al consumatore per farla cadere. La sentenza, però, è massimata male, perché si dice che il comportamento complessivo delle parti successivo alla stipula del contratto non può andare contro alla regola della buona fede.

L'altra soluzione - preferibile per una per una serie di argomenti - è quella di interpretare la clausola nel modo più benigno per il consumatore.

Questo significa mantenere la clausola edulcorata nel regolamento contrattuale.

Anche questa, però, è una opzione del legislatore italiano. Diversa, infatti, è l'opzione del legislatore austriaco che al par. 6 della legge austriaca sui consumatori stabilisce che in ipotesi di clausola non trasparente, quella clausola è nulla. Si ritiene che questo paragrafo regoli il principio dell'interpretazione *contra proferentem*.

In conclusione, se dovessimo seguire il modello tedesco di interpretazione più favorevole per il consumatore, rischieremo di arrivare al seguente scenario. Il giudice, in presenza di una clausola vessatoria, che non importa oggettivamente il caducarsi del contratto, può - anche se il consumatore non ne ha fatto un'espressa richiesta - disporre la nullità totale, in luogo di quella parziale, laddove reputi il caducarsi dell'intero contratto più conveniente per il consumatore?

La Corte di Giustizia si pronuncerà sulla questione il 15 marzo 2012³.

³ Per completezza si riproduce la richiamata decisione nel frattempo emanata dalla Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, sentenza C-453/10 «Il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13/CEE è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte preventivamente dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse. Tenuto conto di siffatta situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 impone agli Stati membri di disporre che le clausole abusive «non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro

legislazioni nazionali». Si tratta di una norma imperativa che mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, atto a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime. Pertanto, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore». «Una pratica commerciale, come quella in questione nella causa principale, consistente nel menzionare in un contratto di credito un tasso annuo effettivo globale inferiore a quello reale, deve essere qualificata come «ingannevole» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), qualora induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Spetta al giudice nazionale verificare se ciò avvenga nel procedimento principale. L'accertamento del carattere sleale di una siffatta pratica commerciale rappresenta un elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può fondare, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13, la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole del contratto relative al costo del prestito concesso al consumatore. Un tale accertamento non ha tuttavia diretta incidenza sulla valutazione, sotto il profilo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, della validità del contratto di credito stipulato».



IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ POLITICA NELLE 'RETI DI REGOLATORI' INDIPENDENTI DEL MERCATO.

Di Filippo Zatti

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra 'regolazione' e 'mercato'. – 2. Forma giuridica e materia economica: la tecno-economia come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità. – 3. Ordinamento democratico, principio della sovranità popolare, regolazione 'indipendente' del mercato. – 4. Frammentazione della sovranità, unificazione del mercato: l'istituzione delle 'reti di regolatori' indipendenti.

1. Il rapporto tra 'regolazione e mercato'.

Quello della regolazione del mercato è un tema, oggi, estremamente complesso da affrontare. Perché lo è, oggi, più di quanto non lo sia stato, per un lungo periodo, almeno in Europa, dopo la fine della seconda guerra mondiale?

Il significato che i due termini, 'regolazione' e 'mercato', hanno assunto nel tempo è molto diverso rispetto a quello che li aveva identificati in quella circoscritta fase temporale. La regolazione, oggi, non è una funzione 'essenzialmente' giuridica a differenza di quanto, invece, non avvenisse in passato, almeno nei sistemi ad economia mista o a 'Stato interventista'. E il mercato non è soltanto quello che Einaudi rappresentava nelle lezioni di politica sociale¹. Con il termine mercato non ci riferiamo più soltanto al luogo, fisico o virtuale che sia², nel quale prendono forma le transazioni economiche, ma ad un principio generale di regolazione economica in cui i fattori della produzione (terra, capitale e lavoro)

sono intesi giuridicamente come merci³ e i bisogni sociali come 'diritti condizionati'. Dunque, nel rapporto tra mercato e diritto, il primo, se mai lo sia stato, non è più subalterno al secondo. La subalternità viene meno con la trasformazione della concezione giuridica della regolazione. La regolazione non è più concepita, soltanto, come 'regolazione amministrativa'⁴ ma anche, *amplius*, come forma giuridica di tutela del principio di libera concorrenza e garanzia del mercato⁵.

³ Cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, 1999, pp. 88 e ss.

⁴ Mi riferisco a M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. III, Padova, 1979 che, denunciando la mancanza di una tradizione scientifica relativa allo studio di questa parte dell'ordinamento, esordisce così nel proprio studio sulla regolazione economica: "Non è agevole esporre sistematicamente i contenuti e i problemi delle discipline amministrative concernenti il funzionamento del mercato".

⁵ V., A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. Maugeri - A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, p. 9. Zoppini sostiene che la regolazione " (...) ha oggi assunto un significato sufficientemente univoco, atteso, che individua l'insieme delle discipline che mirano a reagire al fallimento del mercato e/o a garantire con l'eteronomia il mercato concorrenziale: quindi a correggere l'asimmetria informativa tra le parti, a evitare il prodursi di esternalità negative, a rimediare alle situazioni di monopolio. In particolare, la regolazione si esplica

¹ Cfr. L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949, pp. 3-4.

² Cfr. V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, & P. F. Lotito (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, 1998, p. 17.



Per i giuristi italiani, occuparsi di regolazione ha significato, a lungo, studiare le possibili forme di intervento di natura pubblicistica che, per effetto della stessa forma di Stato costituzionale sociale, legittimavano i pubblici poteri ad incidere direttamente sulle scelte economiche dei soggetti di natura privata⁶. Dunque, la regolazione, termine estraneo al linguaggio giuridico nell'esperienza di allora, era, in realtà, concepita come comando, direzione, e, al limite, controllo dell'attività economica⁷. Non si parla, certo, di mercato, se non per alcuni settori dell'attività economica che sono già oggetto di regolazione 'condivisa' con le istituzioni comunitarie come è, primariamente, per la politica agricola comune⁸. E, comunque, non se ne parla ancora nell'accezione datane dal diritto comunitario fino all'istituzione, nell'ordinamento nazionale, di un potere pubblico 'speciale' chiamato dalla legge a regolare, appunto, il mercato sulla base del principio di concorrenza⁹. D'altronde, sia il mercato sia il principio di concorrenza non sono contemporanei, fino a quel momento, nella 'costituzione economica'.

È con l'uscita formale (e, per la gran parte, sostanziale) dei pubblici poteri dalla gestione diretta delle attività economiche che avviene una trasformazione nel 'governo dell'economia', modificandosi il ruolo dello Stato da 'imprenditore', in un sistema ad economia mista, a sostanzialmente 'regolatore', in un sistema configurabile come economico di mercato¹⁰. Con questa trasformazione avviene anche un riposizionamento nei rapporti tra potere politico e potere economico. Riposizionamento, che è favorito dal venir meno della sovrapposizione tra spazio economico e spazio politico; e dalla fine del monopolio dei cambi e delle politiche protezionistiche per effetto, rispettivamente, dell'adesione ad un sistema valutario basato su cambi fissi irreversibili e alle politiche di liberalizzazione adottate dalla *World Trade Organization*. Nei Paesi europei interessati da queste trasformazioni, il trasferimento

essenzialmente in forma di norme imperative che integrano il contenuto dei rapporti giuridici privati, così da disciplinare l'agire degli attori economici e orientare i comportamenti verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili, in quanto coerenti al paradigma concorrenziale¹¹.

⁶ V., S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, Bologna, 2008, pp. 39-47 relative al Capitolo IV dell'opera intitolato, significativamente, "Dalla sovranità pubblica sull'economia alla sovranità dell'economia sullo Stato".

⁷ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, pp. 271 e ss.

⁸ Cfr. V. GREMENTIER, *Concorrenza e politica agricola*, in *Rivista di diritto agrario*, 1971, pp. 245-249.

⁹ Si v. la nota 1 in A. ZITO, voce *Mercati (regolazione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010.

¹⁰ Si rinvia per un approfondimento a, A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, Torino, 2009.

della sovranità monetaria ha fatto emergere con maggiore evidenza le problematiche inerenti la concezione della neutralità del rapporto tra diritto e mercato.

2. Forma giuridica e materia economica: la tecno-economia come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità

Di queste problematiche si era occupato, in tempi non sospetti, Luigi Mengoni. Alcuni suoi scritti sono ancora estremamente attuali. Mengoni, all'inizio del suo saggio, dei primi anni sessanta, "Forma giuridica e materia economica", si domanda "se il diritto abbia soltanto la funzione di organizzare forme esteriori del processo economico, nell'ambito delle quali i singoli comportamenti economici si svolgono in condizioni di sostanziale immunità dalla regola giuridica, essendo deterministicamente orientati verso un ordine naturale prestabilito, oppure se il diritto costituisca uno strumento attivo del processo economico, in virtù del quale l'ordine economico riceve l'impronta della volontà umana"¹¹. Questo tema verrà ripreso, in seguito, tra gli altri, da Natalino Irti. Irti, sollecitato dagli effetti prodotti sull'ordinamento costituzionale dal Trattato di Maastricht, avvia alla fine degli anni novanta del secolo scorso un dibattito intorno all'ordine giuridico del mercato¹². Dibattito, sul quale, evidentemente, pesano non poco le convinzioni ideologiche e politiche proprie di coloro che si addentrano nel groviglio di questo specialissimo rapporto. Tanto che viene da chiedersi se davvero sia possibile districare il groviglio, sbrogliarlo, fino ad arrivare ad individuare quelle regole che non appartengono alla sfera della politica ma che sono "tecniche", neutrali, proprie del processo economico e come tali assecondabili, asservibili, in quanto regole efficienti¹³.

¹¹ Si v., L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. III, Cedam, 1963, p. 1075.

¹² La prima edizione del libro di Natalino Irti, "L'ordine giuridico del mercato", appare, come noto, nel gennaio 1998. Per il dibattito che si crea sull'idea del libro si v., AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

¹³ Si v., ancora, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1997, p. 1. In una lettera che Mengoni scrive a Irti dopo aver letto, alla sua uscita, "Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto" emerge una considerazione premonitrice: "Il normativismo puro non solo de-territorializza il diritto, ma lo disumanizza. Esso sarà pure congeniale alla tecno-economia despaializzata, ma le è proprio necessario? Come si spiega allora la scarsa fortuna di Kelsen negli Stati Uniti d'America, cioè nel paese di gran lunga più tecnologicamente avanzato del mondo? Se non vuole sprofondare nell'abisso di follia preconizzato da Severino, la tecno-economia dovrà pure accettare il limite di un minimo di prescrizioni etiche che non vanno nel senso dell'efficienza pura e semplice".

E, ancora, è spontaneo chiedersi se tali regole siano sempre compatibili con la cornice di principi e valori delineati dall' 'ordinamento politico'.

Il giurista che affronti le due questioni non ricorrendo a considerazioni di natura ideologica non può che imbattersi in un'inevitabile riflessione quale che sia il tipo di relazione che lega il diritto al mercato e viceversa. E, cioè, che la regolazione non è solo un fenomeno giuridico, proprio del diritto. La regolazione può essere anche, come spesso è, in relazione al mercato, di natura extragiuridica. Il mercato, d'altronde, è esso stesso un sistema di regolazione. Dunque, regolare il mercato può significare sia volerlo modificare in funzione di finalità di natura politica sia volerlo difendere dall'intrusione della politica nel funzionamento spontaneo dei suoi meccanismi naturali. Nell'uno e nell'altro caso, essendo entrambi 'sistemi' di regolazione, gli effetti prodotti dall'uno ricadranno sull'altro sistema in un processo inevitabile di *feedback*.

Ascarelli, qualche anno prima di Mengoni, osservava in un Suo contributo, "Ordinamento giuridico e processo economico": "al mutamento come proprio della scienza economica corrisponde un mutamento nello stesso concetto del diritto, così come a sua volta lo sviluppo del pensiero economico subisce le sollecitazioni di quello giuridico; e prima che di reciproche influenze tra i diversi settori si tratta di orientamenti generali egualmente operosi"¹⁴. Cosa intendesse Ascarelli per 'orientamenti generali egualmente operosi' non è cosa semplice da estrapolare da tale contesto. Piuttosto che tentare un'operazione esegetica, allora, basti osservare che all'eguale operosità dei due sistemi non corrispondono gli stessi mezzi e gli stessi fini.

Può un sistema di regolazione sociale essere regolato da un altro sistema di regolazione sociale? Perché il diritto dovrebbe regolare il mercato quando potrebbe essere il mercato a regolare il diritto? Insomma, il dibattito sulla regolazione non è più incentrato sulla neutralità del diritto nei confronti della disciplina del mercato ma si è spostato in avanti concentrandosi sulla poligenesi delle fonti di regolamentazione del mercato e coinvolgendo, oltre ai giuristi, anche economisti, politologi e sociologi.

L'ampliamento dello strumentario utilizzato per la regolazione del mercato e la specializzazione del contributo del diritto hanno incentivato lo sviluppo di discipline giuridiche di settore, a partire dal diritto pubblico dell'economia, per proseguire, poi, con il diritto della concorrenza, dei mercati finanziari, dell'ambiente, etc. Il diritto civile, il diritto pubblico, il diritto dell'Unione europea e il diritto interna-

zionale, in questo contesto, diventano, quindi, dei diritti funzionali ai diritti 'settoriali'¹⁵. I valori, i principi, i diritti, gli obblighi sanciti dal diritto statale vengono sottoposti costantemente ad una progressiva erosione della loro effettività da regole di varia natura, sia giuridiche sia extragiuridiche, imposte, avallate o contrattate dal c.d. mercato globale o 'totale' nel processo di trasferimento della sovranità.

La profondità raggiunta da questo fenomeno erosivo è, particolarmente, evidente in relazione al mercato finanziario. In nome delle ragioni, e per le pressioni, del mercato globale o totale, vengono assunte decisioni politiche vestite solo formalmente di giuridicità. Ma che, sempre più frequentemente, originano da processi estranei a quelli del circuito politico rappresentativo sul quale sono strutturati gli ordinamenti democratici.

3. Ordinamento democratico, principio della sovranità popolare, regolazione 'indipendente' del mercato

Se, in passato, il dibattito sul rapporto tra potere pubblico e potere privato si incentrava sui limiti dell'intervento del primo sul secondo, oggi, ci troviamo, di converso, a dover affrontare il tema inverso. Occorre interrogarsi, allora, su quale debba essere, in un mercato globale o totale, il limite all'autonomia privata degli operatori economici che non deve essere oltrepassato prima che si frantumi quei principi, quei valori, quei diritti, quegli obblighi fondanti l'ordinamento costituzionale. Più nello specifico, fino a che punto può comprimersi la sovranità rappresentativa prima che, per una sua risposta immunologica naturale - citando Luhmann -, reagisca alla torsione dell'ordinamento costituzionale ed eviti il naufragio dello Stato di diritto (o del regime di diritto)?

La regolazione non è estranea all'esercizio della sovranità ma incide sulla sua espressione.

L'Ocse definisce la regolazione come "*the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens*"¹⁶ ricomprendendovi "leggi, provvedimenti formali ed informali e le norme delegate emesse da tutti i livelli governativi e da organismi non governativi o di autoregolazione ai quali i governi hanno delegato poteri di regolazione"¹⁷.

¹⁵ Come avvertiva già, nel passato, Giannini in relazione al Diritto pubblico dell'economia che definiva una 'disciplina oggettiva': M. S. GIANNINI, op. cit., pp. 16 e ss.

¹⁶ V., OECD, 1997, p. 6.

¹⁷ *Ibidem*, p. 6.

¹⁴ V., T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1958.

Dalla definizione emerge che la regolazione è affidata al *government* (al potere esecutivo) come potere legittimato all'esercizio della sovranità statale. Ma in un mercato globale o totale, dove la sovranità statale tende a frammentarsi, a erodersi, a trasformarsi, il *government* tende a confondersi con la *governance*¹⁸. *Governance* funzionale alla gestione del mercato globale o totale ma solo parzialmente vincolata, a differenza del *government*, ai profili dell'ordinamento 'politico-costituzionale'.

I principi costituzionali, i valori, i diritti, gli obblighi sono rimessi alla vivificazione degli ambiti giurisdizionali statali e sempre più spesso mortificati dall'attività regolativa.

Si pensi alla vicenda delle autorità indipendenti di regolazione (d'ora in poi, a.i.r.).

La vicenda delle a.i.r. pone in evidenza come tali organi contribuiscano, a causa della loro stessa, 'complessa' (da definire), natura giuridica, a frammentare, erodere, trasformare l'esercizio della sovranità statale. La concretezza dei fatti, e quel precepto fondamentale delle scienze politiche, in base al quale ogni potere pubblico, una volta istituito, tende naturalmente ad espandersi, può essere esteso anche alle a.i.r. Come noto, le ragioni dell'istituzione di questi particolari 'enti' di regolazione affondano, almeno nell'ordinamento nazionale, nei processi di privatizzazione delle aziende a partecipazione statale e delle banche pubbliche e nella liberalizzazione dei mercati delle telecomunicazioni e dell'energia. Con l'introduzione delle a.i.r. si abbandonano anche quelle forme giuridiche di programmazione e controllo delle attività economiche realizzate attraverso gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli organi governativi di natura interministeriale, eccetto che, in quest'ultimo caso, per il Cipe ed il Cicr. La trasformazione del sistema amministrativo, originatasi negli anni novanta del secolo scorso, individua, quindi, nelle a.i.r. gli organi attraverso i quali gestire la nuova fase regolativa del modello economico prefigurato dai Trattati comunitari. Tuttavia, le a.i.r. non sono gli unici enti ai quali l'ordinamento affidi, ancora oggi, compiti di natura regolativa. In vari settori economici, il legislatore affida compiti di regolazione a soggetti di diversa natura giuridica come è, ad esempio, per le Camere di commercio - come noto, enti pubblici dotati di autonomia funzionale¹⁹ - che sono chiamate a svolgere, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, sulla base del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118 Cost., funzioni di interesse generale per il sistema

delle imprese, curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali²⁰. Gli Enti bilaterali - definiti in dottrina anche come "associazione di associazioni"²¹ - sono organismi costituiti, su iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro²². L'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) è un ente pubblico "dotato di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria" e "sottoposto all'indirizzo, vigilanza e controllo del Ministro dei trasporti e della navigazione"²³. Sono solo alcuni esempi di attribuzione di poteri di regolazione ad enti pubblici, economici o non, o ad organizzazioni di natura privata, che svolgono l'attività regolativa "settoriale" sotto la vigilanza ministeriale. Si tratta, evidentemente, di situazioni specifiche e marginali rispetto alla scelta del legislatore di affidare la regolazione del mercato ad a.i.r.²⁴ Come, d'altronde, conferma, anche la recente (e travagliata) introduzione nell'ordinamento nazionale dell'Autorità di regolazione dei trasporti²⁵.

Tuttavia, non in tutti gli Stati membri dell'Unione europea si è fatta la stessa scelta. Nell'ordinamento tedesco, il modello delle a.i.r. è costruito sul fondamento giuridico del principio democratico, come conferma anche la stessa giurisprudenza costituzionale tedesca. Se si fa eccezione

²⁰ Arbitrato, conciliazione, consumatori, ecc. di cui all'art. 2.4, L. n. 580/93.

²¹ Si v., diffusamente, V. BAVARO, *Note su enti bilaterali e libertà contrattuali*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2007, pp. 1169-1175 e S. SCARPONI, *Gli enti bilaterali nel disegno di riforma e nuove questioni circa la funzione dei "sindacati comparativamente più rappresentativi"*, in *Lavoro e diritto*, 2003, pp. 223-242, in part. p. 234.

²² Si v., l'art. 2, lett. h) D.Lgs n. 276/2003: "(...) attraverso la promozione di un'occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione professionale in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per l'inclusione dei soggetti più svantaggiati; la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento".

²³ V., art. 1 D. Lgs n. 250/97.

²⁴ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il Decreto "Salva Italia". La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2012, pp. 229 e ss.

²⁵ V., A. TONETTI, *Il Decreto "Cresci-Italia"*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2012, p. 593: "Significativo è pure l'impatto dell'Autorità sull'Enac, che perde la generale competenza relativa all'istruttoria degli atti concernenti i diritti aeroportuali. Non sembrano, altresì, irrilevanti gli effetti sulle autorità portuali, in ordine ai criteri di accesso alle infrastrutture portuali e alla determinazioni dei corrispettivi".

¹⁸ V., M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

¹⁹ Si v., art. 1 L. n. 580/93.



per la *Bundesbank*²⁶, le autorità di regolazione come la *Bundesnetzagentur* (o *Federal Network Agency* o Agenzia federale delle reti), il *BundesKartellamt* (o *Federal Cartel Office* o Agenzia federale di controllo della concorrenza) ma anche la *Bafin* (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* o Autorità di regolazione delle banche, delle assicurazioni e dei mercati finanziari) non sono 'giuridicamente indipendenti'²⁷. La loro legittimazione democratica, infatti, deriva dal potere politico esercitato dal Ministro competente che, in qualità di organo di vertice settoriale, indirizza e controlla tutta l'attività amministrativa esercitata sotto il suo dicastero. Questa 'specificità' dell'ordinamento tedesco emerge in una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che ha per oggetto l'applicazione, da parte della Repubblica federale di Germania, degli obblighi previsti dall'art. 28.2, n. 1, della Direttiva *privacy* 95/46/CE rubricato "Autorità nazionali di controllo – Indipendenza – Vigilanza amministrativa esercitata su dette autorità"²⁸. Per la Repubblica federale di Germania, l'indipendenza degli enti di regolazione riguarda le possibili 'influenze' esterne ma non il Governo, poiché le autorità sono ritenute parte dell'amministrazione²⁹. La Commissione ritiene, invece, che il dettato della Direttiva debba essere inteso nel senso che nessuna influenza esterna sull'autorità sia accettabile, anche quella dei Governi, poiché compromette il carattere di indipendenza dell'autorità³⁰.

²⁶ Per il § 88 del *Grundgesetz*. Cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, pp. 7-11.

²⁷ Si v., per un approfondimento, G. HERMES, *Les Autorités administratives dépendantes et indépendantes - un aperçu de l'administration fédérale*, in G. Marcou - J. Masing (a cura di), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, 2011, p. 101-133; Société de législation comparée 2011, pp. 118 e ss.

²⁸ V., Corte giustizia Unione Europea sentenza n. 518 del 09/03/2010.

²⁹ V., § 16 della C-518/07: "La Repubblica federale di Germania, dal canto suo, caldeggia un'interpretazione più restrittiva dei termini «pienamente indipendenti» e sostiene che l'art. 28, n. 1, secondo comma, della direttiva 95/46 richiede un'indipendenza funzionale delle autorità di controllo, nel senso che dette autorità devono essere indipendenti dai settori diversi da quello pubblico soggetti al loro controllo e che non devono essere esposte a influenze esterne. Orbene, a suo parere, la vigilanza dello Stato esercitata nei Länder tedeschi non costituisce una siffatta influenza esterna, bensì un meccanismo di sorveglianza interno all'amministrazione, messo in atto da autorità appartenenti al medesimo apparato amministrativo delle autorità di controllo e tenute, proprio come queste ultime, a soddisfare le finalità della direttiva 95/46".

³⁰ V., § 15 della C-518/07: "Secondo la Commissione e il GEPD, che si basano su di un'interpretazione lata dei termini «pienamente indipendenti», il requisito che nell'esercizio delle funzioni le autorità di controllo siano «pienamente indipendenti» deve essere interpretato nel senso che un'autorità di controllo deve essere sottratta a qualsivoglia influenza, sia esercitata

La Corte di giustizia si è pronunciata a favore dell'interpretazione della Commissione. Le autorità di regolazione - precisa la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione - sono le custodi dei diritti e delle libertà fondamentali³¹, e la garanzia della loro indipendenza, andrebbe interpretata alla luce della finalità di assicurare l'efficacia e l'affidabilità dei compiti di regolazione loro affidati³².

La declinazione dell'indipendenza delle a.i.r. sancita dalla Corte di giustizia dell'Unione non sembrerebbe compatibile, quindi, con il principio democratico richiamato, oltre che nella Costituzione della Repubblica federale tedesca, anche dal diritto dell'Unione all'art. 6 del TUE. Tuttavia, il giudice europeo afferma che il principio democratico "non osta all'esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica (...) L'esistenza e le condizioni di funzionamento di siffatte autorità, negli Stati membri, rientrano nella sfera della legge o persino, in taluni Stati membri, della Costituzione e tali autorità sono soggette al rispetto della legge sotto il controllo dei giudici competenti. Autorità amministrative indipendenti di tale genere, come ne esistono del resto nel sistema giuridico tedesco, hanno spesso funzioni regolatrici o svolgono compiti che devono essere sottratti all'influenza politica, pur restando subordinate al rispetto della legge, sotto il controllo dei giudici competenti"³³. Lo *status* di indipendenza, quindi, secondo la sentenza della Corte di giustizia, non priva le autorità della loro legittimità democratica³⁴.

Ma, come è stato osservato, il modello regolativo basato sulle autorità indipendenti non esclude a priori che le decisioni assunte da tali autorità siano neutrali sotto il profilo politico³⁵. Riprendendo un'affermazione di Schmitt, tratta da "Le categorie del politico", potremmo dire che "la tecnica è sempre e soltanto strumento ed arma e proprio per il fat-

da altre autorità sia al di fuori dell'ambito dell'amministrazione. La vigilanza dello Stato cui sono subordinate in Germania le autorità di controllo del rispetto della normativa in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nei settori diversi da quello pubblico costituirebbe pertanto una violazione di tale esigenza".

³¹ V., § 23 della C-518/07.

³² V., § 25 della C-518/07.

³³ V., § 42 della C-518/07.

³⁴ V., § 46 della C-518/07.

³⁵ Cfr. G. C. PINELLI, *Responsabilità politica e Autorità amministrative indipendenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1-7: "La domanda autorevolmente posta da G. U. Rescigno circa l'effettivo esercizio o meno da parte delle Autorità indipendenti di poteri oggettivamente politici (ancorché formalmente non qualificati come tali) non può che trovare, almeno per il caso in questione, una risposta affermativa".



to che serve a tutti non è neutrale”³⁶. Non solo, ma ripensando alle riflessioni di Marver H. Bernstein formulate in un suo scritto del 1955, “*Regulating Business by Independent Commissions*”, laddove cita “*Policy and Administration*” di Paul H. Appleby, “tenere fuori le cose dalla politica significa tenerle fuori dal controllo popolare. Questo è uno strumento usato di frequente dai gruppi che sono portatori di interessi speciali per condizionare il trasferimento del potere esecutivo portandolo lontano dal grande pubblico e vicino al più piccolo pubblico dei soggetti interessati”³⁷. Le affermazioni di Schmitt e di Bernstein sollecitano, nel tempo, una ‘libera’ riflessione sulla *responsabilità politica* delle a.i.r.³⁸ La questione della responsabilità politica delle autorità, anche alla luce dei recenti accadimenti, non pare più liquidabile e/o riducibile alla sola regolamentazione giuridica del procedimento deliberativo adottabile dalle a.i.r.³⁹

Le trasformazioni sociali ed economiche avvenute nell’ultimo decennio, nonché il ruolo assunto dalle a.i.r. all’interno e all’esterno degli ordinamenti statuali, svelano, se mai fosse stato celato, che il problema della responsabilità politica delle a.i.r. è strettamente legato alla declinazione della sovranità. Negli ordinamenti democratici la responsabilità politica rinvia al luogo in cui la sovranità è mediata, vale a dire al Parlamento e al Governo, nella misura stabilita dalla forma di governo adottata. Ma, comunque, ad organi che rispondono ad una concezione della sovranità ancora formalmente inquadrata nel ‘principio democratico’.

Viene da chiedersi, allora, se l’assenza di responsabilità politica nell’operato delle a.i.r., pur po-

tendo tali organi esercitare anche poteri sostanzialmente politici, possa essere colmata con il loro inquadramento tra le ‘autorità amministrative’, il formale rispetto del principio di legalità, la sindacabilità degli atti adottati. La realtà dei fatti pone non pochi dubbi in merito.

4. Frammentazione della sovranità, unificazione del mercato: l’istituzione delle ‘reti di regolatori’ indipendenti

Il problema, si potrebbe obiettare, è più ampio e riguarda, più in generale, l’effettività del diritto anche in ambiti non presidiati dalle a.i.r. Un problema, quello dell’effettività, legato alla trasformazione della sovranità statale che, per effetto di esigenze primariamente economiche, di unificazione del mercato, si frammenta, a vari livelli, in organi di natura più o meno tecnica, più o meno politica, più o meno istituzionali, fino ad arrivare a riemergere in forma di *governance* piuttosto che di *government*. Ma, per dirla alla Bernstein, le decisioni delle autorità di regolazione ricadono quasi sempre non soltanto sul gruppo più piccolo, quello legato agli interessi speciali, ma anche sull’intera comunità dei cittadini di uno Stato o di un metastato, come nel caso dell’Unione europea. E quando tali decisioni non tutelano efficacemente quegli interessi costituzionali che giustificano l’esercizio dei poteri regolativi, cosa accade? Interviene il *government*, vale a dire i Governi nazionali e, per mezzo di essi, i poteri politici che sono legittimati ad intervenire dalle rispettive Costituzioni statali. E gli effetti dei provvedimenti adottati legittimamente da quegli organi ricadono su tutti i cittadini.

Un’ultima riflessione riguarda l’oggetto della regolazione. Nel modello tedesco la regolazione è, per così dire, ‘orizzontale’ o ‘trasversale’ concepita in funzione del ‘mercato’, eccetto che per la *Bundesbank*. Nell’ordinamento nazionale, invece, la regolazione è tendenzialmente ‘settoriale’ o ‘verticale’. Le a.i.r. sono distinte in base al settore di competenza esclusa, evidentemente, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato e, forse, anche la neonata, ma non ancora operativa, Autorità dei trasporti.

In entrambi i casi, tuttavia, non vi è omogeneità funzionale tra i settori oggetto di regolazione poiché la dimensione dei poteri di regolazione si modifica in relazione alla declinazione della sovranità. Ad esempio, la ‘cessione’ della sovranità monetaria ha inciso sulle funzioni esercitate dalla Banca d’Italia in relazione alla politica monetaria e ne ha modificato l’assetto istituzionale in qualità di organo di vigilanza del sistema bancario e finanziario nazionale. In altri settori, in cui tale cessione non è – an-

³⁶ V., C. SCHMITT, *L’epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni* (1929), in C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna 1972, p. 178.

³⁷ V., M. H. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton 1955, p. 73.

³⁸ Per un approfondimento sui vari significati che possono essere dati al concetto di “responsabilità politica” si v., ancora, diffusamente, G. C. PINELLI che segnala come opera di riferimento sulla responsabilità politica G. U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 45 e ss.

³⁹ V., A. POLICE, *La responsabilità politica e la responsabilità giuridica nel prisma del procedimento amministrativo*, in <http://www.apertacontrada.it>, 2009, specie il § 5: “Generalmente si ritiene che, tutto sommato, queste particolari figure non pongano seri problemi di legittimità costituzionale, proprio perché il deficit democratico che le caratterizza verrebbe “compensato” dal procedimento amministrativo. Si afferma, infatti, che i procedimenti di loro competenza, essendo caratterizzati da una accentuata articolazione, dalla garanzia del pieno contraddittorio, scritto ed orale, con i soggetti interessati e da una forte esaltazione del principio di difesa (spesso sulla base di moduli così detti paragiurisdizionali), sopperiscono alla assenza di legittimazione democratica delle Autorità medesime. Ebbene, una tale giustificazione non appare affatto condivisibile, né dal punto di vista teorico né dal punto di vista degli effetti pratici che produce”.





cora - avvenuta, come, ad esempio, nel caso della vigilanza del mercato finanziario, i poteri e i compiti dell'autorità si sono estesi con l'accadere di crisi finanziarie in seguito alle quali sia il legislatore nazionale sia il legislatore europeo sono intervenuti sugli assetti istituzionali della vigilanza prima rafforzando la cooperazione tra le autorità di vigilanza nazionali e, poi, istituendo, come noto, dal 1° gennaio 2011, un Sistema europeo di vigilanza finanziaria⁴⁰. Il modello delle 'reti di regolatori' è stato adottato anche in altri settori come è, ad esempio, per il *Body of European Regulators for Electronic Communications* (Berec) e l'*Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (Acer)⁴¹. *Network* di regolatori diversi per inquadramento giuridico, poteri, funzioni. C'è chi intravede nella costruzione di una rete di a.i.r. un segno di debole 'statualità' del diritto; chi, invece, una proiezione delle autorità statali di regolazione nell'ordinamento comunitario⁴². L'adozione dell'uno o dell'altro modello dipenderà molto da come le autorità di regolazione europee useranno i poteri e perseguiranno i compiti ad esse affidati dal legislatore europeo. Certo è che in una dimensione metastatale, come quella europea, si fa ancora più rilevante la questione della responsabilità politica delle a.i.r.

Se già nell'ordinamento nazionale, la rinuncia alla legittimazione democratica poteva dar adito a dubbi di costituzionalità sull'istituzione di a.i.r.⁴³, la creazione di 'reti di a.i.r.' pone l'accento sul potenziale definitivo distacco tra ordine dei fini/mezzi, bisogni della persona umana e organizzazione del mercato. Come suggerisce Supiot, in suo recente libro⁴⁴, occorrerebbe ritornare allo spirito della Dichiarazione di Filadelfia del 1944, in cui il mercato è al servizio dei principi di dignità umana e di giustizia sociale. Principi sui quali è fondata anche la nostra Carta costituzionale.

⁴⁰ Per questi aspetti mi si consenta di rinviare a F. ZATTI, *La vigilanza tra regolamentazione e controllo. Contributo allo studio della regolazione del mercato mobiliare*, Padova, 2012.

⁴¹ Si rinvia per un approfondimento a P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*. Milano, 2012.

⁴² Cfr. L. TORCHIA, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. Bilancia (a cura di), *op. cit.*, p. 257 e ss.

⁴³ V., tra gli altri, G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2002, pp. 3-82.

⁴⁴ Cfr. A. SUPIOT, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale*, Milano, 2011.

L'ENCICLICA *CARITAS IN VERITATE* E LA CULTURA D'IMPRESA NELL'ECONOMIA DI MERCATO

Di Andrea Bucelli e Filippo Zatti

| 282

L'enciclica *Caritas in veritate* e la cultura di impresa nell'economia di mercato
(Andrea Bucelli e Filippo Zatti)

SOMMARIO: 1. *La ricezione della Caritas in veritate: un'esperienza fiorentina.* – 2. *Sull'interesse dell'impresa.* – 3. *Sull'impresa come attività.* – 4. *Pluralismo e finalismo dei modelli imprenditoriali.* – 5. *L'impresa e il problema della regolazione del mercato.* – 6. *Verso una «nuova sintesi umanistica»? Una “provocazione” per lo scienziato sociale.*

1. La ricezione della *Caritas in veritate*: un'esperienza fiorentina.

Il saggio intende fornire una prima lettura dell'enciclica *Caritas in veritate*, messa in relazione con i personali itinerari di ricerca degli Autori nel campo del diritto e dell'economia¹. Al tempo stesso si giova di idee e spunti raccolti nel corso di una serie di incontri che si sono svolti tra il novembre 2009 e il momento in cui questo *paper* viene licenziato presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Firenze. Ciò nella convinzione che la facoltà economica, sede com'è di studio e d'insegnamento di discipline economiche, economico-aziendali, giuridiche e quantitative, costituisca una delle sedi privilegiate in cui ospitare un tal genere di riflessione. Del resto un'accentuata «dimensione interdisciplinare» – anche se protesa verso una sintesi più ampia, volta a coniugare fede, teologia, metafisica e scienze – è il *proprium* della stessa dottrina sociale della Chiesa (nn. 31, 53)².

Data la pluralità di metodi e linguaggi che ne deriva, non è qui il caso di eccedere in un'impostazione di tipo specialistico e settoriale, al fine di non smarrire la via del dialogo e la necessaria visione d'insieme (n. 51). Sarà comunque inevitabile concentrare l'attenzione su uno specifico oggetto, il che rischia di sminuire un documento di ben altro respiro, che pone al centro la *Caritas in veritate* appunto, l'Amore nella verità. È questo il principio ermeneutico di un'enciclica sociale che si snoda in una sequenza di passaggi dottrinari e teologici molto raffinati e perciò ardui per un lettore inesperto. Ma come si deduce dalla pagina di apertura, la cerchia dei destinatari del documento pontificio è alquanto estesa, comprendendo pure i fedeli laici e tutti gli uomini di buona volontà. Il che segnala il chiaro intendimento di inserirsi ed alimentare il dibattito pubblico ad ogni livello. Per chi in particolare sia incline a cogliere fenomeni ed esperienze che denotano cambiamenti significativi nel modo di “fare” e, prima ancora, di “pensare” l'impresa, per quanti siano sensibili ai segnali di novità, ai fermenti che maturano nell'ambiente esterno e che possono orientare la cultura d'impresa,

¹ Al prof. Andrea Bucelli si devono i paragrafi da 1 a 4 e 6; al dott. Filippo Zatti, il paragrafo 5.

² I paragrafi indicati senza alcuna specificazione sono tratti dalla *Caritas in veritate*.



è difficile sottrarsi – nonostante tutte le possibili resistenze culturali³ – alla lettura di un'enciclica secondo la quale ai nostri giorni urgono «profondi cambiamenti anche nel modo di intendere l'impresa» (n. 40).

Con una chiave di lettura come già detto interdisciplinare, che guarda all'impresa come crocevia di interessi molteplici, non è fuor di luogo ripensarla a tutto tondo, come una delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità umana (per usare l'espressione dell'art. 2 della Costituzione italiana). L'enciclica si pone in una prospettiva non dissimile⁴: centrale è la *Caritas in veritate in re sociali*, l'Amore nella verità immerso nella «vita umana associata», in quelle che sono le principali manifestazioni della relazionalità umana. Benché non sia qui considerata *ex professo* la famiglia⁵, vengono in primo piano la società internazionale, la società politica e soprattutto le società economiche⁶.

Sull'impresa il magistero sociale della Chiesa si era già espresso altre volte e da diverse angolazioni: ora riconoscendo il diritto di iniziativa economica quale fondamentale libertà della persona, ora concentrandosi sul finalismo d'impresa, ora valorizzando il lavoro a vario titolo acquisito nell'organizzazione aziendale⁷. Una definizione che, giocando su una terminologia tecnico-giuridica, mette a fuoco la prospettiva personalista e comunitaria che connota anche la nostra Carta repubblicana, si può estrarre dalla *Centesimus annus*, la penultima enciclica sociale (1991): «l'azienda non può essere considerata solo come una “società di capitali”; essa, al tempo stesso, è una “società di persone”, di cui entrano a far parte in modo diverso e con specifiche responsabilità sia coloro che forniscono il capitale necessario per la sua attività, sia coloro che vi collaborano con il loro lavoro» (n. 43). Ma il tema dell'impresa, a più riprese, affiora anche dalle pagine della *Caritas in veritate* (specie ai nn. 38, 40, 41, 46, 66). Diversi gli spunti e i motivi suscettibili di approfondimento che si possono condensare nei seguenti titoletti: l'interesse dell'impresa, l'impresa come attività, il finalismo e

il pluralismo dei modelli imprenditoriali (*mission e corporate governance*, per usare noti anglicismi).

2. Sull'interesse dell'impresa.

Quando l'enciclica asserisce che il momento attuale, contrassegnato da fenomeni quali la crescita dimensionale e la delocalizzazione territoriale, richiede «profondi cambiamenti anche nel modo di intendere l'impresa» (n. 40) lo fa, da un lato per denunciare il rischio «che l'impresa risponda quasi esclusivamente a chi in essa investe e finisca così per ridurre la sua valenza sociale», dall'altro e conseguentemente per rilevare quello che ormai appare come un dato acquisito: «che si sta dilatando la consapevolezza circa la necessità di una più ampia “responsabilità sociale” dell'impresa»⁸; che quindi «la gestione dell'impresa non può tenere conto degli interessi dei soli proprietari della stessa, ma deve anche farsi carico di tutte le altre categorie di soggetti che contribuiscono alla vita dell'impresa: i lavoratori, i clienti, i fornitori dei vari fattori di produzione, la comunità di riferimento». Segue un cenno a quella «classe cosmopolita di *manager*» che risponde solo ad una proprietà altrettanto delocalizzata ed evanescente, si ricordano in proposito i «fondi anonimi» che di quei tecnocrati fissano i compensi; si richiamano precedenti interventi di Paolo VI, che già invitava «a valutare seriamente il danno che il trasferimento all'estero di capitali a esclusivo vantaggio può produrre alla Nazione», e di Giovanni Paolo II, che «avvertiva che *investire ha sempre un significato morale*, oltre che economico». Il discorso di Benedetto XVI prosegue sottolineando la necessità di «evitare che il motivo per l'impiego delle risorse finanziarie sia speculativo e ceda alla tentazione di ricercare solo profitto di breve termine, e non anche la sostenibilità dell'impresa a lungo termine», sostenibilità che altrove il magistero aveva già individuato come sostenibilità economica – «quando un'azienda produce profitto, ciò significa che i fattori produttivi sono stati adeguatamente impiegati», recita la *Centesimus annus*, n. 35 – e che qui declina in termini di «puntuale servizio all'economia reale», di «attenzione alla promozione (...) di iniziative economiche anche nei Paesi bisognosi di sviluppo», ciò che consente di definire i requisiti di una delocalizzazione per così dire etica.

³ Difficoltà di «dialogo fra le discipline aziendali e l'etica economica», intendendo per tale quella «impennata sui cardini dell'insegnamento evangelico e basata sugli sviluppi della filosofia morale elaborata dalla teologia cristiana», sottolineava ad esempio un nostro Collega aziendalista: S. PEZZOLI, *Il principio di razionalità economica e l'etica economica*, in *Studi in onore di Ubaldo De Dominicis*, Trieste, 1991, I, p. 186.

⁴ «La dottrina sociale della Chiesa si occupa dell'uomo (...) l'uomo in società» (*Centesimus annus*, n. 54).

⁵ Si veda tuttavia il n. 44 della stessa *Caritas in veritate*.

⁶ Distinzione mutuata da C. CAFFARRA, *La Carità nella verità produce il vero sviluppo*, in <http://zenit.org/article-20529>.

⁷ Per riferimenti alle fonti rinvio al *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004, p. 185 ss.

⁸ Ancorché – precisa l'enciclica – non tutte «le impostazioni etiche che guidano oggi il dibattito sulla responsabilità sociale dell'impresa» siano «accettabili secondo la prospettiva della dottrina sociale della Chiesa».



Questo un primo passo dell'enciclica da segnalare per quanto qui interessa, e che offre ampia materia di riflessione.

La visione espressa con la formula della c.d. responsabilità sociale dell'impresa può ridursi ad un catalogo di buoni propositi se non si pone il problema della effettiva applicazione di principi e regole. Da qui la fondamentale funzione del diritto nella vita economica che l'insegnamento della Chiesa ha da sempre messo nel dovuto risalto⁹, e che certamente non sfugge neppure a Papa Ratzinger (*infra* § 5).

Quanto all'interesse dell'impresa come sopra delineato, non si tratta certamente di una novità. Oggi addirittura l'ordinamento giuridico innesta l'interesse generale in alcuni modelli imprenditoriali (cfr., ad esempio, in Italia la cooperativa sociale di cui all'art. 1, l. 8 novembre 1991 n. 381, nonché l'impresa sociale di cui all'art. 1, co. 1, d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155). Talvolta accade d'imbattersi in norme che fanno esplicito riferimento all'«interesse generale per il sistema delle imprese»¹⁰, il che significa – per dirla con le parole di un giusprivatista¹¹ – che «i soggetti cui la legge fa riferimento non sono gli imprenditori, bensì le imprese: locuzione, quest'ultima, di più esteso significato». Ora, tale affermazione «è in linea con le grandi tendenze della moderna cultura giuridica, che guarda all'interesse dell'impresa come a un'entità che non si riduce all'interesse dell'imprenditore, ma che si riporta alla superiore sfera dell'interesse all'efficienza produttiva dell'impresa (interesse dell'impresa in sé) o che corrisponde al punto di equilibrio fra interessi contrapposti».

In ottica ancora più ampia, attenta al mercato e al problema della sua regolazione, se ormai «non si può prescindere dall'analisi delle norme e dei valori dell'ordinamento comunitario, che l'ordinamento interno deve rispettare ed accogliere», sempre più si può riscontrare che le politiche perseguite dal «sistema giuridico italo-comunitario» consistono sì «nel supporto alle imprese», ma anche «nella protezione dei consumatori, nel controllo della concorrenza e nel mantenimento degli equilibri degli scambi», e dunque in «tutto ciò che contribuisce alla prevenzione ed alla eliminazione dei c.dd. fallimenti del mercato ed alla incentivazione della concorrenza al fine di promuovere uno sviluppo armo-

nioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche locali»¹². L'«idea di mercato» che quindi emerge è «quella di un luogo complessificato, arricchito dalla partecipazione e dalla rappresentanza dei diversi interessi che in esso operano o che da esso sono influenzati. La prevista integrazione, nell'ordinamento comunitario, delle politiche economiche con quelle dei consumatori e dell'ambiente (...), consolida questa visione del mercato come luogo che l'ordinamento medesimo vuole aperto alla partecipazione effettiva dei diversi attori ed interessi, di cui si promuovono la considerazione, il confronto ed il bilanciamento». Il mercato «quale luogo essenziale di relazione e, per questo, elemento del modello europeo di società, perché (reso) partecipato e dunque aperto ad interessi e voci plurali (lavoratori, consumatori, produttori, le nuove generazioni, la biodiversità)», quale ««luogo» di svolgimento della personalità umana» che approssima il già accennato «modello costituzionale delle *formazioni sociali*» che «si appalesano maggiormente idonei alla cura dell'interesse generale»¹³.

Non tutto evidentemente si accorda con tale prospettiva. Non c'è bisogno di rievocare qui tra le teorie sulla *Corporate Social Responsibility* la nota concezione dell'impresa *profit motive*¹⁴. Può essere sufficiente far memoria di quel che è successo negli ultimi trent'anni, in cui «si passa da un intorno storico in cui domina l'idea che l'impresa possa essere “multiobiettivo”, cioè volta al perseguimento di un obiettivo economico ma anche al rispetto di alcuni vincoli d'ordine sociale, ad un altro in cui l'impresa sembra essere vocata unicamente al beneficio finanziario di breve dell'azionista mentre “gli interessi materiali e ideali dei dipendenti, delle comunità locali, dei fornitori e lo stato dell'ambiente, sono usciti dal suo orizzonte decisionale”»¹⁵. Prevale in quegli anni l'«aspirazione al privato»¹⁶; «nasce e si sviluppa un'impresa globale “sostanzialmente” so-

⁹ Con riferimento sia alla *Rerum Novarum* che alla *Quadragesimo anno* e alla *Mater Magistra*, cfr. A. FERRARI TONIOLO, *La funzione del diritto nella vita economica secondo l'insegnamento della Chiesa*, in *Iustitia*, 1961, p. 339 ss.

¹⁰ Così, l'art. 1 della l. 29 dicembre 1993 n. 580 sul riordino delle Camere di Commercio.

¹¹ F. GALGANO, *Le nuove frontiere delle Camere di commercio*, in *Impresa e Stato*, marzo 1994, p. 48.

¹² L. DI NELLA, *Ruolo delle CCIAA e subfornitura nell'economia globalizzata*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, a cura di R. Favale e B. Marucci, Napoli, 2003, I, pp. 649, 660, 663.

¹³ F. PIZZOLATO, *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano, 2009, pp. 216 s., 219, 221, 223.

¹⁴ Per tutti, cfr. M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962.

¹⁵ A. MATAACENA, *Responsabilità sociale delle imprese e accountability: alcune glosse*, in *Note e ricerche*, Rimini, 2008, p. 12 dattiloscritto, e in <http://amsacta.cib.unibo.it/2596/>

¹⁶ GIAMP. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Amorosino, Milano, 1995, p. 230.



cialmente irresponsabile»¹⁷; l'«interesse sociale»¹⁸ è dalla dottrina giuridica pressoché univocamente declinato come interesse finanziario di breve periodo dell'azionista di comando e dell'alta direzione. In Italia è il periodo delle c.dd. privatizzazioni: enti pubblici economici trasformati in società per azioni, azioni e patrimonio immobiliare di enti pubblici in tutto o in parte immessi sul mercato. Sono già anni di tramonto della solidarietà, di *deregulation* dei mercati dei capitali e del lavoro, di vincoli comunitari e, corrispondentemente, di contrazione del *Welfare State*; anni di immigrazioni e globalizzazione; anni in cui maturano le cause della grande crisi globale. Fenomeni questi di spessore epocale, con cui l'enciclica necessariamente si confronta.

3. Sull'impresa come attività.

La visione dell'interesse d'impresa delineata dall'enciclica risulta quanto meno più comprensibile e circostanziata ove si consideri – come fa Benedetto XVI – all'impresa quale attività, come sequenza di atti tra loro coordinati, piuttosto che come *unicum* dal risultato anch'esso unitario, che una visione economicistica vorrebbe sinteticamente ridurre e misurare in termini di utile o perdita di esercizio.

Certo, scomporre il processo produttivo in fasi, anche chiave di efficienza ed efficacia, è prospettiva anche questa tutt'altro che originale: già presente nei testi legislativi, essa senz'altro «trova conferma anche nelle scienze sociali e nelle tendenze dell'economia contemporanea», osserva la stessa *Caritas in veritate* (n. 37). E difatti, «fare impresa significa (...) anche coordinare una pluralità di contratti, governando i diritti di una moltitudine di *stakeholders*», sicché «la combinazione ottimale tra libertà e diritto, tra pubblico e privato, tra regole e incentivi, costituisce così il problema di lungo termine della politica economica come governo della società». Questo scrive l'economista ed in ciò si condensa anche «per il giurista la funzione che l'impresa assolve e, al tempo stesso, il “problema” dell'impresa oggi»¹⁹.

¹⁷ A. MATA CENA, *Responsabilità sociale delle imprese e accountability: glosse*, cit., p. 12 (dattiloscritto), dove ampi riferimenti di letteratura.

¹⁸ G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, p. 54.

¹⁹ «“Fare impresa” significa (...) esercitare un diritto in uno spazio di libertà. Quest'ultimo coincide in parte con il mercato, ma coinvolge anche altre istituzioni pubbliche e private», che «fare impresa significa (...) anche coordinare una pluralità di contratti, governando i diritti di una moltitudine di *stakeholders*», sicché «la combinazione ottimale tra libertà e diritto, tra pubblico e privato, tra regole e incentivi, costituisce così il problema di lungo termine della politica economica come governo

Il *quid pluris* consiste in ciò che a ciascuna fase del ciclo economico, dal reperimento delle risorse ai finanziamenti alla produzione al consumo, a ciascun atto d'impresa, il documento pontificio riconnette «ineluttabilmente implicazioni morali»: «La dottrina sociale della Chiesa ha sempre sostenuto che la *giustizia riguarda tutte le fasi dell'attività economica*, perché questa ha sempre a che fare con l'uomo e con le sue esigenze» (n. 37).

Nell'enciclica il discorso sulla giustizia nei rapporti economici, l'accento posto sul “come” produrre l'utile e sul “come” destinarlo (n. 21) conosce interessanti sviluppi. Da una parte induce a considerare ancora il rapporto tra economia e diritto, da un'altra porta a scrutare le singole fasi del ciclo economico, da un'altra ancora sposta l'attenzione sui diversi modelli organizzativi messi a disposizione dei privati dall'ordinamento giuridico.

Sul primo versante, sulla complessità del rapporto tra diritto ed economia, sul fatto che l'uno non possa prescindere dall'altra e viceversa, sulle reciproche interferenze si tornerà in seguito (§ 5). Certo è che la dottrina sociale della Chiesa sin dalle encicliche più antiche ha sempre sostenuto che il potere civile «non è meramente guardiano dell'ordine e del diritto» (*Quadragesimo anno*, n. 8) e tuttora prefigura un'economia capitalistica di mercato inquadrata in «solido contesto giuridico»²⁰. Anche l'ultima enciclica conferma tale opzione di fondo (nn. 35, 36, 37). Anzi, fornisce un'indicazione aggiuntiva nel senso di ricondurre ad equità per così dire i rapporti interprivati prima ancora di un intervento correttivo di natura pubblicistica: «Forse un tempo era pensabile affidare dapprima all'economia la produzione di ricchezza per assegnare poi alla politica il compito di distribuirla. Oggi tutto ciò risulta più difficile, dato che le attività economiche non sono costrette entro limiti territoriali, mentre l'autorità dei

della società». Proposizioni queste in cui si condensa «per il giurista la funzione che l'impresa assolve e, al tempo stesso, il “problema” dell'impresa oggi». Le frasi virgolettate sono, rispettivamente, di P.L. SCANDIZZO, *Il mercato e l'impresa: le teorie e i fatti*, p. 2, e di V. BUONOCORE, *Presentazione*, entrambe in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Vincenzo Buonocore, I, 6, Torino, 2002, p. XIV.

²⁰ Espressione della *Centesimus annus*, n. 42, che cito per esteso: «Se per “capitalismo” si indica un sistema economico che riconosce il ruolo fondamentale e positivo dell'impresa, del mercato, della proprietà privata e della conseguente responsabilità per i mezzi di produzione, della libera creatività umana nel settore dell'economia, la risposta è certamente positiva, anche se forse sarebbe più appropriato parlare di “economia d'impresa”, o di “economia di mercato”, o semplicemente di “economia libera”. Ma se con “capitalismo”, si intende un sistema in cui la libertà nel settore dell'economia non è inquadrata in un solido contesto giuridico che la metta al servizio della libertà umana integrale e la consideri come una particolare dimensione di questa libertà, il cui centro è etico e religioso, allora la risposta è decisamente negativa».



governi continua ad essere locale. Per questo i canoni della giustizia devono essere rispettati sin dall'inizio, mentre si svolge il processo economico, e non già dopo o lateralmente» (n. 37). Il rilievo riecheggia la cospicua letteratura sulla giustizia contrattuale e sul diritto europeo dei contratti cui facevo cenno sopra. D'altra parte l'enciclica è pienamente consapevole del declino della sovranità statale nell'età della globalizzazione per cui «urge la presenza di una vera Autorità mondiale» (n. 67), in uno scenario altrimenti dominato da macrosoggetti privati «nei cui confronti il singolo è “debole”»²¹, un contesto segnato da una disciplina del commercio internazionale ancora segnata da un «disequilibrio forte a favore delle logiche mercantili e a scapito degli interessi pubblici, dei valori sociali, dei diritti umani»²².

Per ciò che riguarda le singole fasi del ciclo economico la *Caritas in veritate* dedica specifici rilievi all'impiego del capitale, come si è visto, ma considera eticamente sensibili anche il risparmio (n. 65) e pure il consumo (n. 66), entrambi richiamati ad un momento di doveroso esercizio responsabile.

Il consumo in particolare, nell'attuale pensiero giuseconomico, sembra affrancarsi dal dogma della sovranità del consumatore, superando così una dimensione prettamente privatistica.

In continuità con antiche affermazioni – ad esempio, «la giustizia va rispettata non solo nella distribuzione della ricchezza, ma anche in ordine alle strutture dell'impresa in cui si svolge l'attività produttiva» (*Mater et Magistra*, n. 88) – anche le modalità produttive interessano Papa Ratzinger, specie per le conseguenze ambientali (nn. 48, 51). A fronte di tale sollecitazione si può far notare come a garanzia del diritto del consumatore (e del lavoratore) alla sicurezza e alla salute l'ordinamento giuridico possa conformare l'attività economica che dalla produzione conduce fino al consumo e che, in tal

²¹ A. DONATI, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009, p. 197 s.: «L'evoluzione successiva dell'economia di mercato – vale a dire, il transito dal protagonismo dell'imprenditore, di colui che coordina capitale fisso e capitale variabile al fine di trarne un profitto (...) al protagonismo delle multinazionali, vale a dire, dei macrosoggetti finanziari e produttivi (...) dissolve la visione codicistica (...) feudalesimo capitalistico», il che, tra l'altro, «importando la massima produzione del profitto, a sua volta, indotta dal massimo sfruttamento delle risorse umane e materiali, necessariamente, pone l'uomo, nella sua duplice veste di lavoratore subordinato e di consumatore, come strumentale rispetto a queste esigenze. Si ha, così, la riproposizione dell'antumanesimo.

Il momento di riscontro, a livello culturale, è costituito dall'essere, il nihilismo, divenuto valore fondante la società contemporanea (...). Esso è, infatti, a livello filosofico, la manifestazione più elevata dell'antumanesimo».

²² M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, pp. 37 s., 131 ss.

senso, il trapasso dall'*ethos* alla norma si è già in buona parte compiuto tanto che si indagano i margini di ulteriore estensione della regolazione tra vincoli comunitari ed internazionali²³.

Tra i fattori produttivi il lavoro è il capitolo tradizionalmente più ricorrente e rilevante nel magistero sociale della Chiesa. Evidenti le assonanze tra quel che si legge nella *Caritas in veritate* e già nella *Laborem exercens* (n. 8)²⁴, e poi anche nella *Centesimus annus* – può darsi che «i conti economici siano in ordine ed insieme che gli uomini, che costituiscono il patrimonio più prezioso dell'azienda, siano umiliati e offesi nella loro dignità» (n. 35) – e ciò che scrivono ad esempio alcuni giuristi che guardano al diritto civile in una prospettiva di legalità costituzionale²⁵. Non meno evidenti peraltro, nella teoria e soprattutto nella prassi, le affermazioni discordanti e le smentite.

La *Caritas in veritate* ripensa criticamente il ruolo del sindacato (n. 64), avverte l'impatto di fenomeni nuovi, quali i flussi migratori (n. 62) e l'avvenuta flessibilizzazione-frantumazione del contratto di lavoro (nn. 25, 32), e potremmo chiosare aggiungendo il lavoro rapportato alle modalità organizzative dell'impresa postfordista²⁶. Ma più che altro Benedetto XVI sottolinea gli aspetti soggettivi del lavoro, a tal fine usando una terminologia forte, già impiegata dal suo predecessore ed interrogandosi sul significato attuale del sostantivo «decentza» applicato appunto al lavoro. Ma la risposta – scandita per ben sette volte con l'*incipit*: «Significa un lavoro che (...)» (n. 63) – indica più i risultati da perseguire che i percorsi per raggiungerli. Frasi che comunque fanno riflettere, specie se ricollegate alla

²³ F. PIZZOLATO, *Autorità e consumo*, cit., pp. 2 ss., 158 ss.

²⁴ Su cui cfr. le belle pagine di L. MENGONI, *L'enciclica Laborem exercens e la cultura delle relazioni industriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1982, n. 16, p. 595 ss.

²⁵ Cito a titolo di esempio un brano da un manuale breve di diritto privato, P. PERLINGIERI e L. LONARDO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2005, 3ª ed., p. 101 s.: l'«attività economica privata non può svolgersi in modo da ledere sicurezza, libertà e dignità umana; i lavoratori non sono più una voce del bilancio delle imprese, soggetti che danno in locazione se stessi, ma parte attiva, protagonista del processo di produzione, e intensa è la tutela apprestata dalla Costituzione (35 ss.) e dalle leggi complementari al codice. Il lavoro è certamente non soltanto un diritto, ma anche un dovere (42 cost.). La Repubblica è impegnata a promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro (41 cost.), ma innegabile è la centralità e la speciale dignità da esso assunte: si pensi alla possibilità che i lavoratori siano chiamati a gestire delle imprese (46 cost.) ed alla titolarità delle stesse (43 cost.). Per altro verso, anche i destinatari dell'attività economica, i consumatori, non possono più rappresentare un coefficiente di mercato, ma sono persone la cui dignità e libertà di scelta vanno positivamente affermate e difese».

²⁶ Cfr. R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: prospettive per un inventario*, Padova, 2007, spec. pp. 18 s., 33 s.



transazione attuale del diritto del lavoro che, non senza tensioni²⁷, da un «forte orientamento all'«avere» (alla stabilità, all'uniformità) (...) sembra spostare il suo baricentro (...) sull'«essere» ossia sulla persona».

4. Pluralismo e finalismo dei modelli imprenditoriali.

Anche sul terzo versante sopra indicato della *mission e corporate governance* si può ravvisare un'affinità stretta tra la dottrina sociale della Chiesa ed alcune tendenze del diritto e dell'economia del terzo millennio. Penso ad esempio al disegno che dei rapporti economici si ricava dalla Carta costituzionale italiana (ma anche spagnola, che è anche più recente): vi si riconosce la libertà di iniziativa economica privata, vi si tutela la funzione sociale della cooperazione e si promuove l'impresa artigiana (artt. 41, 45 Cost.) e persino la partecipazione dei lavoratori alla gestione (art. 46 Cost.).

Mater et Magistra (nn. 72, 76) esprimeva un non diverso favore verso l'impresa artigiana, la cooperativa e la piccola impresa agricola.

Caritas in veritate segue un diverso e più aggiornato percorso: accoglie un principio di pluralismo dei modelli imprenditoriali, sottolineando l'importanza del conseguente ed articolato finalismo: «Serve (...) un mercato nel quale possano liberamente operare, in condizioni di pari opportunità, imprese che perseguano fini istituzionali diversi. Accanto all'impresa privata orientata al profitto, e ai vari tipi di impresa pubblica, devono potersi radicare ed esprimere quelle organizzazioni produttive che perseguono fini mutualistici e sociali. È dal loro reciproco confronto sul mercato che ci si può attendere una sorta di ibridazione dei comportamenti d'impresa e dunque un'attenzione sensibile alla *civilizzazione dell'economia*. Carità nella verità, in questo caso, significa che bisogna dare forma e organizzazione a quelle iniziative economiche che, pur senza negare il profitto, intendono andare oltre la logica dello scambio degli equivalenti e del profitto fine a se stesso» (n. 37). Al paragrafo n. 46²⁸ si ribadisce che «È la stessa pluralità delle forme isti-

tuzionali di impresa a generare un mercato più civile e al tempo stesso più competitivo».

È questo l'ulteriore passo dell'enciclica su cui si vuole richiamare l'attenzione²⁹.

Quel che si legge nella *Caritas in veritate* trova riscontro nell'esperienza contemporanea. Anzi, la pluralità dei modelli organizzativi dell'impresa non è neppure in discussione; non se ne dà una valutazione nei termini appena esposti, eppure già la manualistica più autorevole fa notare che «L'organizzazione è neutra ma non è causale. Le regole sono di solito predisposte in funzione del risultato che si programma», sicché «Cambiando il risultato programmato cambiano le regole organizzative»³⁰. Anche l'*accountability* tende a conformarsi di conseguenza. Talvolta si è teorizzato che i modelli legali per l'esercizio dell'impresa sarebbero neutri, l'uno varrebbe l'altro. Il che in parte è vero, perché in effetti sono interscambiabili in base a scelte private ormai pressoché del tutto liberalizzate (cfr., in tema di trasformazione eterogenea, la recente riforma del diritto societario, art. 2500-*septies* e seg. cod. civ.). Ma nella sostanza non è affatto così: «Ad ogni forma corrisponde un contenuto e non è possibile dissociare forma da contenuto»³¹. Anche all'enciclica quest'ultimo aspetto non sfugge.

Per altro verso la forma giuridica di cui sia rivestita l'impresa, pur necessaria, non è sufficiente per garantire taluni risultati³².

²⁹ Anche perché mi dà l'opportunità di richiamare alcuni filoni di ricerca in tema di cooperazione e di impresa sociale particolarmente attivi negli ultimi anni nella Facoltà di Economia di Firenze, dove sono fiorite negli ultimi anni altre esperienze interessanti, come ad esempio insegnamenti nuovi che si occupano dei temi della salvaguardia ambientale e dell'economia dei paesi in via di sviluppo, che coniugano l'etica con l'impresa e il lavoro, che in alcuni programmi riservano sempre maggior spazio a tutto quel che va sotto la denominazione di «responsabilità sociale dell'impresa», e così via.

³⁰ P. SPADA, *Diritto commerciale. I. Parte generale. Storia, Lessico e Istituti*, Padova, 2004, p. 107: «a seconda di come si raccolgono le risorse da destinarsi all'esercizio di un'attività lucrativa i processi decisionali e dichiarativi si sviluppano diversamente (nelle forme elementari dell'amministrazione disgiuntiva o in quelle sofisticate della amministrazione collegiale di uffici precostituiti e dotati ciclicamente di personale) e, essendo il risultato programmato un risultato speculativo, le prerogative sono aggiudicate plutocraticamente: chi più investe, più rischia e, quindi, più comanda».

³¹ F. GALGANO, *Oggetto dei consorzi*, in *Le nuove frontiere della mutualità nelle cooperative e nei consorzi*, Milano, 1988, p. 59.

³² Significativamente, a proposito dell'impresa cooperativa, che è una delle forme giuridiche favorite dalla dottrina sociale della Chiesa, come pure dalla Costituzione italiana, in un momento storico certo non meno aspro dell'attuale, in cui «dopo tanti anni di cannibalismo» si avvertiva un «bisogno di solidarietà come di ossigeno», Alberto Basevi – nome che è entrato nella storia della cooperazione in Italia – scriveva: «È il lievito morale, che è contenuto nell'idea cooperativa, che varrà a salvare l'Italia, oggi che le dighe della morale sono rotte e da ogni parte

²⁷ Il riferimento è all'esperienza italiana: le parole citate di seguito nel testo furono pronunciate appena dodici giorni prima di essere ucciso dalla mano armata dei brigatisti da M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1999, II, p.22 s.

²⁸ Dove il riferimento a quell'«ampia area intermedia» tra *profit* e *non profit*, «che coinvolge il privato e il pubblico e che non esclude il profitto, ma lo considera strumento per realizzare finalità umane e sociali».



Lo stesso potrebbe dirsi di tanti altri istituti e norme del diritto privato dell'impresa e ancor più generalizzando del diritto: come è stato riconosciuto da giuristi di diversa estrazione, in tempi diversi e su più argomenti, il diritto, pur necessario, non è sufficiente; il discorso giuridico offre indubitabili "risorse", ma soffre di altrettanto innegabili "limiti"³³.

5. L'impresa e il problema della regolazione del mercato.

Ciò nonostante, la *Caritas in veritate* affida ancora al diritto il ruolo di 'regolare' la costituzione e l'attività di un'Autorità politica mondiale - riecheggiando, peraltro, quanto auspicato da Papa Giovanni XXIII nell'Enciclica *Pacem in Terris* - che consenta di affrontare efficacemente l'impatto del nuovo sistema economico a carattere 'globale' sulla tutela ora prevalentemente 'localistica' dei diritti delle persone. Evidentemente, la soluzione proposta nasce dalla considerazione che le politiche concordate a livello internazionale sembrerebbero perseguire un'interdipendenza economica dai risvolti politici e costituzionali piuttosto che un'integrazione politica e sociale da cui derivi la condivisione delle politiche economiche³⁴. Per Papa Benedetto XVI, infatti, di fronte all'inarrestabile crescita dell'interdipendenza mondiale, ed in presenza di una recessione altrettanto mondiale, urge, tra le altre, una riforma giuridica dell'architettura economica e finanziaria internazionale, "per il governo dell'economia mondiale; per risanare le economie colpite dalla crisi, per preveni-

dilaga il marcio del più sordido egoismo; e questa forza ideale non è contenuta in un nome o in una formula giuridica, ma nella sostanza dell'opera quotidiana dei cooperatori, fatta di fede e di sacrificio» (A. BASEVI, *Cercasi cooperativa ...*, in *Studi cooperativi*, Roma, 1953, p. 183).

³³ Per riprendere le espressioni di P. ZATTI, *Verso un diritto della bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 43 ss. I. FERRANTI in A. PALAZZO e I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, II, p. 371 s., dopo un'ampia panoramica dedicata al diritto privato commerciale, confida «che il diritto privato offra strumenti giuridici la cui corretta utilizzazione consente al giurista di assicurare un altro profilo etico», senza necessariamente ricorrere al diritto penale. A. SIMONCINI, *Oltre lo Stato. Una lettura della Caritas in veritate*, Firenze, 10 marzo 2010, p. 3 s. del dattiloscritto, nel n. 1 dell'enciclica, «in cui è racchiusa tutta l'antropologia cattolica-cristiana», rinviene «una spiegazione adeguata del perché esiste il fenomeno giuridico in quanto tale (strutturale)», una «spiegazione del perché - al fondo - accettiamo e giorno per giorno obbediamo (o violiamo) una serie infinita di leggi e regole», conseguentemente respingendo «spiegazioni riduzioniste di stampo utilitarista o sanzionatorio».

³⁴ Cfr. L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, pp. XV-XVI.

re peggioramenti della stessa e conseguenti maggiori squilibri (...)"³⁵.

L'obiettivo, dunque, è la creazione di "un ordinamento politico, giuridico ed economico che incrementi ed orienti la collaborazione internazionale verso lo sviluppo solidale di tutti i popoli"³⁶. In vista del raggiungimento di tale obiettivo, occorre che tale Autorità politica mondiale goda di riconoscimento da parte degli Stati nazionali, e, soprattutto goda di un potere effettivo; vale a dire, sotto il profilo giuridico, che abbia la capacità di far rispettare le decisioni assunte e le misure prese dai fori internazionali³⁷.

Una tale prospettiva, pone, al giurista che si voglia addentrare nell'analisi con le metodiche che gli sono proprie, non poche questioni da risolvere; dalle più immediate, come quale debba essere, ad esempio, la natura giuridica di questa Autorità, quale debba esserne la sede geografica, chi ne debba far parte, chi la debba presiedere, con quali poteri, etc.; a quelle più complesse, riguardanti il profilo dell'effettività del diritto, ovvero, come tale Autorità possa imporre le proprie decisioni a livello 'locale', e, attraverso quali strumenti giuridici, possa contribuire a risolvere le controversie, etc. Una tale analisi, probabilmente, finirebbe per essere condizionata dall'impostazione ideologica dominante e dallo *status quo*.

Per queste ragioni, ci pare un altro l'aspetto di maggiore interesse per il giurista che, intanto, voglia indagare sulla funzione che tale Autorità politica dovrebbe svolgere nei confronti dei sistemi economici, o, forse, sarebbe meglio dire, del sistema economico costituito dal mercato globale, seppur limitandone, per questa via, lo spazio d'azione. Anche in questo caso, si osserverà, che l'analisi non possa non risentire delle varie teorie postulanti il tipo di rapporto che deve intercorrere tra il diritto ed il mercato. E, qui, il giurista dovrebbe necessariamente interrompere la propria analisi, consapevole del fatto che, per questa via, non potrebbe contribuire all'individuazione né della nuova architettura del sistema economico e finanziario né tanto meno alla definizione della sfera di legittimazione politica dei poteri dell'Autorità mondiale. Ci si troverebbe, insomma, di fronte ad un problema di declinazione ideologica dell'attività di regolazione del mercato non riconducibile ad unità di sintesi.

Nella *Caritas in veritate* tale problema emerge quando si afferma che "il mercato non esiste allo stato puro", ma "trae forma dalle configurazioni culturali che lo specificano e lo orientano"³⁸. E che

³⁵ *Caritas in veritate* (67).

³⁶ *Caritas in veritate* (67).

³⁷ *Caritas in veritate* (67).

³⁸ *Caritas in veritate* (36).



l'economia (quindi, anche quella di mercato, n.d.a.) e la finanza sono strumenti che l'uomo può 'mal utilizzare' nel momento in cui ha come riferimento finalità egoistiche, essendo la sfera economica né eticamente neutrale né di sua natura disumana e antisociale³⁹. Come tale l'attività economica "deve essere strutturata e istituzionalizzata eticamente"⁴⁰. A tale scopo, l'economia globale necessita di "leggi giuste e di forme di redistribuzione guidate dalla politica"⁴¹ più di quanto non fosse necessario in passato, quando le attività economiche erano prevalentemente circoscritte da limiti territoriali.

L'idea, già presente nella *Rerum Novarum*, che l'ordine civile, per reggersi, abbia bisogno anche dell'intervento redistributivo dello Stato, non può essere riproposta *tout court* in un'economia globale: "Oggi questa visione, oltre a essere posta in crisi dai processi di apertura dei mercati e delle società, mostra di essere incompleta per soddisfare le esigenze di un'economia pienamente umana"⁴². Se la redistribuzione è insufficiente da sola a realizzare lo sviluppo economico e sociale dei popoli, anche di quelli adeguatamente attrezzati (*Populorum Progressio*, 44), occorre interrogarsi su quale possa essere il ruolo dello Stato nell'economia che meglio possa contribuire a garantire quei valori che sono richiamati dall'Enciclica.

Gli elementi per una possibile riflessione non mancano nella *Caritas in veritate*.

Nell'Enciclica di Papa Benedetto XVI si afferma che il rapporto Stato - mercato non è esclusivo ma deve tener conto anche di un 'terzo' incomodo, vale a dire, della società civile. Un incomodo fondamentale, tuttavia, ad evitare - secondo Papa Benedetto XVI - che tale binomio possa corrodere la socialità nel conflitto irrisolto tra "dare per dovere" e "dare per avere"⁴³.

Un secondo elemento di riflessione, riguarda la considerazione che Benedetto XVI formula a proposito dello Stato: lo Stato non è ancora finito ma, anzi, la risoluzione della crisi finanziaria, richiede che il suo ruolo cresca e riacquisti molte delle sue competenze⁴⁴. E, laddove, lo Stato si erge su sistemi costituzionali deboli può essere sostenuto dallo "sviluppo di altri soggetti politici, di natura culturale, sociale, territoriale o religiosa"⁴⁵. Qui, l'analisi si fa più complessa e richiederebbe un approfondimento che esula dagli scopi e dall'oggetto di questo lavoro. Inoltre, un tentativo di interpretazione po-

trebbe, poi, non essere di particolare utilità rispetto alla prospettiva di indagine che qui ci è affidata. D'altronde, concetti come 'Stato di diritto' e 'democrazia' sono più facili da indicare ad esempio che ad essere individuati. Inoltre, come è stato osservato, forse provocatoriamente, "per la prima volta nella storia umana c'è una singola forma statale chiaramente dominante, la moderna repubblica costituzionale rappresentativa democratica"⁴⁶.

Ne nasce una terza riflessione connessa alle precedenti: nella società del dopo novecento, in tali forme mediate di democrazia, vengono ad assumere un ruolo non più marginale i c.d. corpi intermedi o, per meglio dire, aggiornando tale dizione ai tempi, la società di mezzo ovvero "quella società che, rappresentando il mondo del lavoro e dell'impresa, e il mutualismo dei soggetti sociali, ha dato vita a libere associazioni riconosciute e regolamentate per il loro peso sociale, come i sindacati, le associazioni di rappresentanza, le Camere di commercio e le organizzazioni non governative"⁴⁷. In particolare, tra le associazioni di rappresentanza, emergono le associazioni dei consumatori che, nella *Caritas in veritate*, sono individuate, assieme ai loro rappresentati, i consumatori, appunto, come un "nuovo potere politico"⁴⁸ auspicandone, in un contesto di rappresentanza non manipolativa, un ruolo più incisivo come fattore di democrazia economica⁴⁹.

Sembra che per questa via si prenda atto del fatto che la dimensione politica rappresentata dai partiti 'nazionali', in un contesto di interconnessione del mercato come è quello attuale, non sia più l'unico referente 'dei cittadini'. Le ragioni sono molteplici ma una sembra prevalere sulle altre: la mistificazione della politica con il mercato. Il riconoscere al mercato, da parte del potere politico, lo *status* di 'ordinamento' esso stesso. E di demonizzare, in nome dell'efficienza, della tecnica, dell'economicità, fin a se stesse, l'interesse nella sua connotazione pubblicistica preferendone la visione privatistica ed individualistica. L'identificazione dell'interesse pubblico con il *Leviatano* ha estromesso dalle coscienze di coloro che sono impegnati, a vario titolo, ad assumere decisioni di natura politica ed economica, il concetto di comunità sociale e di 'bene comune' così tante volte richiamato in questa Enciclica: "volere il bene comune e adoperarsi per esso è esigenza di giustizia e carità"⁵⁰ ... "impegnarsi per il bene comune è pren-

³⁹ *Caritas in veritate* (36).

⁴⁰ *Caritas in veritate* (36).

⁴¹ *Caritas in veritate* (37).

⁴² *Caritas in veritate* (39).

⁴³ *Caritas in veritate* (39).

⁴⁴ *Caritas in veritate* (41).

⁴⁵ *Caritas in veritate* (41).

⁴⁶ V., J. DUNN, *The cunning of unreason: making sense of politics*, London, 2000, p. 210.

⁴⁷ V., A. BONOMI, *Sussidiarietà, sviluppo e corpi intermedi della società*, in *Federalismi.it*, 11, 2005.

⁴⁸ *Caritas in veritate* (66).

⁴⁹ *Caritas in veritate* (66).

⁵⁰ *Caritas in veritate* (7).

dersi cura, da una parte, e avvalersi, dall'altra, di quel complesso di istituzioni che strutturano giuridicamente, civilmente, politicamente, culturalmente il vivere sociale⁵¹.

Il 'bene comune' induce a confrontarci con la distinzione dello *status* concettuale tra principi di diritto e valori. Il 'bene comune' di cui si parla nell'Enciclica è un principio di diritto od un valore? Il giurista non può evitare di rispondere a questo quesito se non vuole fare del suo strumentario un inutile utilizzo. E' stato osservato che il "diritto tende a rendere possibile la vita degli uomini in comunità, cioè persegue il bene comune"⁵²; e che "il bene comune politico, inteso come creazione di condizioni che consentono alle persone e ai gruppi di conseguire determinati beni nei confronti dei quali lo Stato non è competente o è neutrale, implica sempre scelte e azioni che non possono essere effettuate all'insegna della neutralità morale, tanto cara a parecchi filosofi politici liberali. Lo Stato, proprio perché deve varare leggi e dare vita a istituzioni funzionali alla pienezza umana e al bene comune globale della società civile, non può essere moralmente neutro, neppure quando deve riconoscere, tutelare e promuovere diritti che (...) ne prefigurano una precisa limitazione di competenza"⁵³. Il rischio che si corre è quello di confondere, per la promozione dell'azione che entrambi richiedono, un principio di diritto con un valore. Tale rischio può essere evitato se si riconosce che il principio di diritto esprime predicati modali e il valore, invece, è estraneo ad indicazioni di contenuti. Senza tale distinzione il 'bene comune' può diventare oggetto di contestazione sia per le modalità utilizzate nel perseguirlo sia per le finalità perseguite. Così da confinarlo, in realtà, alla stregua di un valore prescindibile per la società, vuoto di significato, come discettato da Hayek a proposito della 'giustizia sociale' laddove afferma che "nessuno ha ancora trovato neppure una sola norma generale da cui potremmo dedurre che cosa sia 'socialmente giusto' in tutti i casi particolari che rientrerebbero in quelle data norma"⁵⁴.

Nella *Caritas in veritate*, la distinzione tra valori e principi di diritto risente della più generale impostazione della dottrina sociale della Chiesa che " (...) non ha mai smesso di porre in evidenza l'importanza della giustizia distributiva e della giu-

stizia sociale per la stessa economia di mercato (...). Senza forme interne di solidarietà e di fiducia reciproca, il mercato non può pienamente espletare la propria funzione economica"⁵⁵. La solidarietà e la fiducia reciproca tra coloro che 'operano' nel mercato e coloro che sono chiamati ad 'indirizzarlo' in vista del raggiungimento del bene comune sembrano essere identificati come strumenti attraverso i quali evitare che, nell'ordinamento giuridico, prevalgano logiche di potere condizionate da interessi privati⁵⁶. La solidarietà è un principio costituzionale della Carta della Repubblica italiana: lo si trova espresso sia all'art. 2 sia all'art. 119 della Costituzione. E la fiducia? E' un principio di diritto od un valore? O piuttosto una regola di comportamento che è funzionale al diritto. Il diritto, infatti, può introdurre delle regole volte a salvaguardare la fiducia nei mercati, così come prevede il diritto europeo tra le finalità di vigilanza delle autorità preposte alla regolazione del settore finanziario. Allora si pone semmai il problema di come garantire la fiducia? Quali sono, ad esempio, gli strumenti che i vari ordinamenti giuridici individuano per garantire la fiducia nei mercati finanziari?

Ecco che si giunge per questa via alla riflessione centrale, ovvero il problema della regolazione del mercato secondo il modello teleologico delineato dalla *Caritas in veritate*. Lo stesso Benedetto XVI ricorda che la Chiesa non ha soluzioni tecniche da offrire né pretende di intromettersi nella politica degli Stati. Compito della Chiesa è quello di indicare alla politica quella che ritiene essere la via attraverso la quale transitare, per incamminarsi, già nella vita terrena, verso la 'Città di Dio'. Questo cammino presuppone di fare un passo indietro rispetto al nostro ragionamento e di tornare ai 'valori di fondo' che devono guidare l'azione di coloro che sono chiamati a svolgere una funzione sociale. Si può parlare di una pluralità di valori o di un valore di fondo? È inteso che se si riscontrassero una pluralità di valori di fondo ci troveremmo nel difficile esercizio di individuare un criterio di classificazione. Esercizio familiare, in particolare, al giuspubblicista teso come è a distinguere il diritto apodittico, nelle sue espressioni stabili nel tempo a connotazione della forma di stato e di governo, dal diritto casuistico delle regole e della prassi, necessario alla scansione quotidiana dei fatti e degli atti che possono assumere natura giuridica.

Nell'Enciclica, ovviamente, non si ha difficoltà ad individuare come valore di fondo, al quale si richiamano tutti gli altri, la salvaguardia e la valoriz-

⁵¹ *Caritas in veritate* (7).

⁵² E. COLOM, *La persona: tra antropologia e diritto*, in M. R. Saulle (a cura di), *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani, vol. II: I diritti dei singoli e delle collettività nel terzo millennio*, Napoli, 2001, pp. 150-169.

⁵³ M. TOSO, *Verso quale società?*, Roma, 2000, p. 315.

⁵⁴ V., F. A. HAYECK, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, 1978, p. 69.

⁵⁵ *Caritas in veritate* (35).

⁵⁶ *Caritas in veritate* (5).



zazione dell'uomo-persona nella sua integrità⁵⁷. La stessa Autorità politica mondiale, alla quale abbiamo accennato sopra, dovrà "impegnarsi nella realizzazione di un autentico sviluppo umano integrale ispirato ai valori della carità nella verità"⁵⁸. Ed esigenza della carità e della verità è che i tradizionali principi dell'etica sociale, quali la trasparenza, l'onestà e la responsabilità, trovino posto entro la normale attività economica. Ma come? Può il diritto essere uno strumento utile allo scopo? O anch'esso non può che sottrarsi a quelli che sono i suoi limiti impliciti per il fatto di essere prodotto dell'uomo-istituzione?

Il tema del rapporto tra diritto ed etica è un tema ampiamente dibattuto dai filosofi e sociologi del diritto ma meno diffuso tra gli altri giuristi. E, inoltre, a differenza di quanto accade tra gli economisti, dove, come noto, il rapporto tra etica ed economia è stato oggetto, al contrario di un'ampia letteratura. La ragione può intuitivamente essere ricercata nella concezione stessa del diritto che ci si attende dotato di una propria 'inner morality'⁵⁹ a differenza dell'economia. Solo quando il diritto si pone in conflitto con valori che sono estranei all'ordinamento costituzionale e al suo procedimento formale di formazione delle regole sociali, politiche ed economiche, allora l'etica diventa un criterio di valutazione sia della legislazione che della giurisprudenza. Tuttavia occorre notare che, se affrontare il tema del rapporto tra diritto ed etica in relazione alle vicende umane - vale a dire, alle scelte che riguardano questioni come il concepimento della vita ed il controllo delle nascite, all'aborto, al divorzio, alle forme della convivenza delle persone, alla ricerca scientifica ed ai suoi limiti, alla disponibilità della vita nei suoi momenti terminali - può portare ad una formulazione talvolta 'conflittuale' tra norma giuridica e norma morale o religiosa, quando si tratta di norme giuridiche poste a regolazione del sistema economico e finanziaria accade raramente che tale contrapposizione prenda forma. In questo caso, infatti, i tradizionali principi dell'etica sociale, quali la trasparenza, l'onestà, la responsabilità, la prudenza, la correttezza, sono ampiamente condivisi nelle norme giuridiche. Tuttavia, come noto, il quasi coincidere di *ethos* e *nomos* non ha impedito anche in questo caso che avvenissero fallimenti del mercato inteso come sistema o che, finanche, avvenissero 'circoscritti' scandali finanziari; e che il sistema sociale non risentisse dell'impatto, più o meno circoscritto, di queste crisi sull'economia reale.

I vari sistemi di regolazione che si sono organizzati a livello statale per controllare il mercato finanziario si sono dimostrati inefficaci nel garantire la tutela del 'bene comune'; si sono resi permeabili alle forze amorali che animano il mercato finanziario o che respingono come invasivo qualsiasi tipo di controllo da parte del pubblico potere in nome di un diritto naturale poco incline ai servigi dell'uomo-persona.

Non pare casuale che l'inefficacia degli ordinamenti giuridici a regolare adeguatamente il sistema finanziario sia aumentata di frequenza negli ultimi due decenni. E che l'aumento dell'intensità del fenomeno abbia interessato sistemi politici ed economici aventi caratteristiche istituzionali diverse. Il che fa pensare immediatamente alla 'globalizzazione' come causa principale di rischio finanziario come, tra l'altro, emerge dalla *Caritas in veritate*. Verrebbe spontaneo pensare allora che senza la globalizzazione non avremmo rischiato di ripetere un nuovo 1929. Quando, invece, sarebbe più logico pensare al fatto che la globalizzazione ha soltanto tolto il velo alla crescente incapacità da parte degli Stati democratici di garantire il ponte tra diritti costituzionali e la loro effettività da parte degli organi legislativi e giudiziari. A questo fallimento, quasi ovunque, la politica ha cercato di ovviare scegliendo di 'crescere' per una via esterna al binario tracciato dal diritto pubblico che, come è stato descritto, ha contrassegnato il processo di democratizzazione del liberalismo autoritario ed il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse⁶⁰.

Come è stato osservato, "un modello in cui gli operatori considerano lecita ogni mossa, in cui si crede ciecamente nella capacità del mercato di autoregolarsi, in cui divengono comuni gravi malversazioni, in cui i regolatori dei mercati sono deboli o prede dei regolati, in cui i compensi degli alti dirigenti d'impresa sono ai più eticamente intollerabili, non può essere un modello per la crescita del mondo"⁶¹.

6. Verso una «nuova sintesi umanistica»? Una "provocazione" per lo scienziato sociale.

Ma se il mercato e il principio del *laissez faire* non sono autosufficienti, e questo la dottrina sociale della Chiesa l'ha sempre dichiarato e denunciato,

⁶⁰ Cfr. A. LUCARELLI, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, in A. Lucarelli (a cura di), *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, Napoli, 2009, p. 40.

⁶¹ Cfr. M. DRAGHI, *Non c'è vero sviluppo senza etica*, in *Identità cristiana* (www.identitacristiana.it).

⁵⁷ *Caritas in veritate* (25).

⁵⁸ *Caritas in veritate* (67).

⁵⁹ Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, Milano, 1986

sottolineando al contempo l'imprescindibile funzione correttiva e conformatrice del diritto; ma se anche quest'ultimo non va esente da limiti e fallimenti, anche nel mettere a punto sistemi di controllo delle strategie d'impresa; se così è, risuona allora il recente ammonimento del Santo Padre: «Ciò di cui l'uomo ha bisogno non può essergli garantito per legge»⁶². E ancora dall'enciclica: «La carità eccede la giustizia (...) ma non è mai senza la giustizia (...) La "città dell'uomo" non è promossa solo da rapporti di diritti e di doveri» (n. 6, ma v. anche nn. 35, 36). Ovvero, con parole laiche: «Contratti e leggi (...), pur necessari, non bastano a garantire un avanzato e civile ordine sociale»⁶³.

Se dunque si va alla ricerca del *quid pluris* che ancora serve all'uomo e alla umana convivenza, agli Autori di queste note non resta che rinviare alla lettura dell'enciclica. Non che – beninteso – la dottrina sociale della Chiesa contenga risposte per tutte le domande possibili. Essa può persino deludere quanti vi cercassero soluzioni tecnicamente esaustive da un punto di vista economico, giuridico e così via (n. 9 e *Sollicitudo rei socialis*, n. 41). Ancorché da esponenti autorevoli della Chiesa stessa si cominci ad avvertire l'esigenza di tradurre i principi in soluzioni di maggior dettaglio, non è questo che bisogna attendersi da un'enciclica, la quale tende ad offrire orientamenti valoriali. Essa vuole cioè suggerire e proporre – non certo imporre – principi suscettibili di tradursi in comportamenti concreti nei diversi campi dell'agire sociale, linee ispirate al personalismo comunitario. Ciò sul presupposto che la «forza propulsiva» di una «buona» vita e di una «buona» società, quindi anche di una «buona» impresa, il motore dello sviluppo integrale – non soltanto economico – consiste in una «nuova sintesi umanistica» (n. 21), in un uomo «aperto all'Assoluto» (nn. 16, 74, 78), portatore di un sguardo inedito sulla realtà sociale: appunto la *Caritas in veritate*, l'Amore nella verità.

Tali affermazioni, da un lato ribadiscono il postulato umanistico che costituisce la trama costante della dottrina sociale della Chiesa, e che ai nostri giorni appare ad un tempo tanto sommerso nella coscienza diffusa quanto onnipresente in tutti gli snodi fondamentali della vita contemporanea⁶⁴, dall'altro

lato introducono la prospettiva metafisica che, se non del tutto rigettata, interpella fino a suscitare imbarazzo nello scienziato sociale⁶⁵. L'aspetto della trascendenza, forse mai tanto rimarcato come questa volta in un'enciclica sociale, in alcuni ambienti potrà avere il sapore della «provocazione». Da esso peraltro ben difficilmente potranno sottrarsi quanti hanno aderito all'interessante ed importante simposio catalano: muoversi in altre direzioni significherebbe eludere il passo della *Caritas in veritate* (n. 21) citato all'inizio della pagina introduttiva del convegno.

gioco «sono i grandi snodi della vita contemporanea in cui il tema della persona umana è sempre in questione».

⁶⁵ P. ROGGI, *Intervento* al Convegno su *Caritas in veritate. Istruzioni per l'uso. Fraternità, gratuità, sviluppo economico, diritti della persona*, Borgo San Lorenzo (Firenze), 30 gennaio 2010, p. 12 della versione provvisoria: «l'istinto dello scienziato sociale è quello di allontanare da sé le spiegazioni metafisiche, ma, d'altra parte, l'intera Dottrina Sociale della Chiesa conferma ripetutamente che, senza riflessione metafisica, senza inserire nei suoi modelli non empirici, i problemi sociali sono destinati a rimanere irrisolti. Il dilemma non è di poco momento: lo scienziato sociale che confessi la fede non può essere soltanto economista o sociologo; deve essere qualcosa di più: deve essere teologo».

Nella storia del pensiero economico non vi sono esempi di economisti che si sono dichiarati scientificamente cattolici. Ma forse mi sbaglio: uno in effetti c'è stato. Era un economista francese dell'800, che fu prefetto napoleonico in Spagna. Si chiamava Albano De Villeneuve-Bargemont ed ebbe un coraggio singolare: chiamò il suo trattato di Economia Politica *Economie Politique Chrétienne*.

Ma si era nel periodo della Restaurazione cattolica e borbonica. Chi lo facesse oggi si esporrebbe al ridicolo.

La critica dei colleghi economisti di Villeneuve gli obiettò che *l'Economia politica non sopporta aggettivi*. Lì per lì, ebbero ragione dell'ingenuo economista. Ma il dilemma, ancora oggi, non è stato del tutto risolto».

⁶² Così il Messaggio di Benedetto XVI per la Quaresima 2010.

⁶³ Sono parole dell'economista S. ZAMAGNI, *Presentazione* della Relazione Annuale 2007 dell'Agenzia per le Onlus del 9 luglio 2008, il cui pensiero traspare palesemente da alcuni passi della *Caritas in veritate*.

⁶⁴ La questione dell'uomo e il problema antropologico sono oggi onnipresenti, secondo V. POSSENTI, *Introduzione* a G. LA PIRA, *Il valore della persona umana*, Firenze, ristampa 2009, p. 5, che precisa: «Economia, diritto, politica, tecnica, bioetica e biopolitica dipendono da determinate concezioni dell'uomo», in



