

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2018 – Numero 4

Saggi

- Sull'efficacia orizzontale in diritto privato delle norme sui diritti fondamentali dei Trattati europei, di Mario Libertini p. 211
- La Corte di giustizia tra scelte di mercato e interessi protetti, di Maddalena Rabitti p. 220
- Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti, di Antonio Gorgoni p. 236

Materiali e commenti

- Diritto dei figli ad essere amati?, di Marina Pezzola, p. 27

Attualità

- La commissione di stipula del mutuo tra ABF e *Bausparvertrag*, di Federico Pistelli p. 47

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione:

Giuseppe Vettori

Comitato di direzione:

Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori:

Josè Luis Argudo Periz; Vincenzo Barba; Elena Bargelli; Giovanni Francesco Basini; Carmelita Camardi; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Giovanni D'Amico; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Arianna Fusaro; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Eva Leccese; Antonio Palmieri; Leonardo Perez Gallardo; Valerio Pescatore; Maddalena Rabitti; Antonio Saccoccio; Massimo Proto; Vincenzo Putorti; Andrea Renda; Claudio Scognamiglio; Anna Maria Siniscalchi; Vincenzo Verdicchio.

Segreteria di redazione:

Mario Mauro

Redazione:

Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Mario Mauro; Serena Meucci; Salvatore Orlando; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Alberto Venturelli

E-mail:

info@personaemercato.it

Web:

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: Antonio Gorgoni; Mario Libertini; Marina Pezzola; Federico Pistelli; Maddalena Rabitti.

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

Saggi

SULL'EFFICACIA ORIZZONTALE IN DIRITTO PRIVATO DELLE NORME SUI DIRITTI FONDAMENTALI DEI TRATTATI EUROPEI¹

Di Mario Libertini

| 211

SOMMARIO: 1. *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato.* 2. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia.* 3. *L'apertura dell'ordinamento interno al diritto europeo.* 4. *Diritti, principi e clausole generali.* 5. *Il problema dell'efficacia diretta nella prospettiva normativistica.* 6. *Considerazioni conclusive*

ABSTRACT. *Lo scritto concerne gli effetti di diritto privato che possono trarsi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Per quanto l'art. 51 sembri escludere un'applicazione diretta, lo scritto analizza alcune pronunce della CGUE che operano in tal senso ed ipotizza ulteriori aperture.*

The paper deals with the effects on the private law drawn by the Charter of fundamental rights of the European Union. As far as the art. 51 seems to exclude a direct application, the text analyzes some judgments of the CJEU that operates in this way and hypothesizes further openings.

¹ Relazione al convegno sul tema “*I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*”, svolto il 22 aprile 2016 presso l'Università di Roma 3



1. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato.

Vorrei muovere da una ricostruzione elementare del diritto vigente, fondata sulla ricognizione dei testi normativi, per poi passare a qualche osservazione di ordine più generale sulla tematica degli effetti “orizzontali”, che, in una cultura giuridica avanzata, dovrebbe essere, credo, in gran parte superata, mentre ancora è circondata da molte difficoltà.

Per parlare del diritto vigente, e dovendo concentrare l'attenzione sugli effetti di diritto privato che possono trarsi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, prima di entrare nel tema vorrei fare una premessa. Questa carta è, a mio avviso, un bellissimo documento legislativo e merita adesione sul piano dei giudizi di valore. I contenuti della Carta medesima e, in larga misura, l'elenco dei diritti in essa contenuto, sono più esaurienti e più avanzati di ciò che possiamo trovare in altri documenti, perfino nella nostra Carta costituzionale.

Permane però qualche differenza, e c'è almeno una eccezione, con un potenziale problema di “controlimiti”, che può essere individuata. Nella Carta dei diritti fondamentali ci sono numerose norme a tutela dei lavoratori (artt. 27-34), ma non c'è una norma esattamente paragonabile all'articolo 36, comma 1, della nostra Costituzione (diritto alla giusta retribuzione). Sotto questo profilo può nascere un contrasto tra la tutela dell'articolo 36 (che la nostra giurisprudenza ha sempre ritenuto “diretta”) e lo stato del diritto europeo, sia quello scritto, sia quello “vivente” negli enunciati della giurisprudenza europea.

La sentenza Rüffert (Corte Giust. C-346/06) afferma chiaramente la prevalenza del principio della concorrenza fra ordinamenti, caro ad Andrea Zoppini, sul diritto alla retribuzione minima del lavoratore. Secondo la Corte, se si impedisse agli Stati di farsi concorrenza tra loro con diverse politiche del lavoro, sarebbe violato un principio fondamentale, ritenuto prevalente sul diritto alla retribuzione minima del lavoratore. Questo è l'orientamento della Corte di giustizia, e ciò pone sicuramente un problema che, proprio sul piano dei giudizi di valore, è tuttora aperto, e si ripresenta nella più ampia tematica dei possibili conflitti fra diritti sociali e libertà economiche dei trattati europei.

Sul punto non voglio ulteriormente soffermarmi, anche perché sarà oggetto di trattazioni più approfondite più avanti.

Una volta chiarito che non vi è una situazione di coerenza piena e idilliaca fra le diverse carte dei diritti, vorrei ribadire, però, l'assunto di adesione tendenzialmente piena, sul piano dei giudizi di valore,

al contenuto della Carta di Nizza (chiamiamola così), con il conseguente invito a “prenderne sul serio” le norme.

Cercherò dunque di soffermarmi, in questa prospettiva, sul valore giuridico che, negli ordinamenti degli Stati membri, e in particolare nel loro diritto privato, hanno queste norme.

Le indicazioni che ci danno i trattati, se guardiamo ai meri dati testuali, sono alquanto ambigue.

Leggendo l'articolo 2 del trattato dell'Unione Europea troviamo una dichiarazione solenne: “*I valori a cui si ispira il diritto dell'Unione sono valori comuni ai singoli Stati*”. È un'indicazione che sta nell'*incipit* dell'insieme delle norme e dei trattati, ed è un'indicazione normativa forte, nel senso dell'unità, pur nella diversità di funzioni, del diritto europeo e del diritto degli Stati membri. In questa dichiarazione possiamo leggere l'espressione di un costituzionalismo multilivello, che dovrebbe essere coordinato in un quadro costituzionale comune a tutti gli Stati membri dell'Unione.

Se guardiamo invece alle norme della Carta dei diritti fondamentali, e in particolare alle norme di chiusura, vediamo un quadro molto più tradizionalista e molto diverso.

Leggendo l'articolo 51, intanto, troviamo enunciata una distinzione fra “diritti” e “principi”. In altri termini, la Carta comprende “diritti” che devono essere rispettati e “principi” che devono essere osservati, ma essa si rivolge – è detto testualmente – a istituzioni, organi e organismi dell'Unione, non si rivolge direttamente ai singoli Stati. Però poi, leggendo l'articolo 52, troviamo una ulteriore ambiguità: al comma 5 dell'articolo 52 della Carta la distinzione tra diritti e principi viene riutilizzata, nel senso che le norme che contengono “principi” possono essere attuate, con atti normativi di attuazione a valle, sia dall'Unione sia dai singoli Stati, ma non possono essere direttamente invocate davanti ad un giudice nazionale dal privato (possono essere invece “*invocate dinanzi a un giudice solo al fine del controllo di legalità*” dei provvedimenti attuativi, europei o nazionali; in altri termini, stando al dato testuale, non possono essere invocate al fine del “controllo di legalità” su atti privati).

È un'indicazione netta, nel senso della non efficacia diretta, ma il dato testuale è significativo anche perché si riferisce non ad ambedue le categorie di norme di cui si parla all'articolo 51 (cioè quelle che contengono i “diritti” e quelle che contengono i “principi”), ma solo alle norme che contengono “principi”.

Quindi, in maniera ambigua, sulle norme che “contengono diritti” – continuo ad usare questa espressione un po' strana (“contengono”), che però è nel testo ufficiale – non abbiamo un'indicazione altrettanto netta in senso contrario alla *Dritt*wir-





kung, come quella che testualmente è sancita dalle norme che contengono principi.

2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

A questo punto bisognerebbe chiarire la differenza (ci torneremo dopo) fra queste due categorie di norme. Fatto sta però che, su questa base, abbiamo, come è sempre accaduto e come continua ad accadere, un lavoro interpretativo della Corte di giustizia, che in qualche modo è fonte anch'essa di diritto per gli Stati membri e che ha portato, mi sembra, ad una soluzione che non può dirsi definitiva, ma che comunque è molto interessante, e che cercherò di riassumere.

Tale soluzione si trova sancita nella sentenza *Association de médiation sociale* del gennaio 2014 (C-176/12). Una sentenza che riprende tutta un'elaborazione precedente e che mi sembra dia alcune indicazioni nette su questa materia, per ciò che riguarda sempre una prospettiva di diritto europeo e di suo trasferimento nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri.

La prima indicazione che ci dà la Corte di giustizia va nel senso che ci possono essere diritti fondati su fonti europee che sono di applicazione diretta nell'ambito degli Stati membri. Ciò accade quando esista una normativa dettagliata di specificazione del contenuto di questi diritti. L'interpretazione di questa indicazione della giurisprudenza europea non è sempre facile, perché, sulla tematica dell'efficacia diretta delle norme che pongono i diritti, interferiscono due varianti, che complicano un po' il ragionamento:

- (i) la prima è costituita dalla presenza o meno di direttive di concretizzazione della norma a monte, dettata dalla Carta, che pone a livello di indicazione generale il principio del diritto;
- (ii) la seconda è costituita dal problema dei rimedi: la Corte incentra la sua attenzione soltanto sulla possibilità di disapplicazione della norma interna, a seguito della quale si ha la possibilità di una tutela nell'ambito del diritto dello Stato membro, ma limitata al diritto al risarcimento del privato nei confronti dello Stato membro inadempiente (secondo la giurisprudenza *Francovich*).

Questa seconda indicazione non esclude tuttavia, sul piano logico (anche se la Corte di Giustizia non se ne occupa), che ci possano essere altre soluzioni, che attribuiscono qualche ulteriore efficacia nel diritto interno alla norma europea. Può darsi, infatti, che, a seguito della disapplicazione della norma interna contrastante, possa invocarsi

un'interpretazione filocomunitaria di una diversa norma interna (di dettaglio o di principio), a cui possa seguire un rimedio specifico nei rapporti interprivati.

Ad ogni modo, la Corte di giustizia afferma che in certi casi abbiamo norme europee così dettagliate che, in base al principio del primato del diritto comunitario, si impone la prevalenza del diritto sancito dalla norma comunitaria sulla norma interna.

Il caso specifico, che viene richiamato nella sentenza, è quello di una norma che comportava una discriminazione nei diritti del lavoratore subordinato, fondata sull'età del lavoratore medesimo. Qui le norme europee sono sufficientemente dettagliate da comportare la disapplicazione della norma interna con esse incompatibile.

Nel caso *Association de médiation sociale* si trattava invece di diritti di contenuto più complesso (cioè i diritti alla informazione e alla rappresentanza dei lavoratori all'interno dell'azienda), che non presentavano, ad avviso della Corte, un sufficiente grado di contrasto tra una norma europea definita in dettaglio e la norma interna, tale da consentire una disapplicazione di quest'ultima; per cui si doveva passare eventualmente a rilevare in altro modo questo contrasto.

Considerati i testi normativi che la giurisprudenza europea si trova ad applicare, e che sono molto "frenati" – come si è visto – sul terreno della possibile *Drittwirkung* (gli articoli 51 e 52 chiaramente nascono da una resistenza degli Stati membri ad un'applicazione diretta delle norme di principio, ritenuta potenzialmente sconvolgente), credo che si debba considerare, tutto sommato, con atteggiamento positivo lo sforzo di razionalizzazione del sistema, che la Corte di giustizia ha compiuto.

Si deve però subito aggiungere che lo "stato dell'arte", che vede affermata come conseguenza della lesione di un diritto fondamentale immediatamente applicabile solo la massima *Francovich* (se lo Stato non si è adeguato al rispetto dei diritti fondamentali, chi è stato leso si rivolge al suo Stato e ottiene il risarcimento), è insoddisfacente (nel senso di necessaria ma non sufficiente) e suscettibile di precisazioni.

In sostanza, la giurisprudenza europea ci indica – a mio avviso – solo un modello normativo di base, atto ad attribuire una tutela minima ai soggetti che vedano lesi diritti fondamentali sanciti da norme sufficientemente determinate.

Ciò non esclude che questa tutela minima possa essere rafforzata in vario modo.

Anzitutto, sul piano interpretativo: all'interpretazione delle norme della Carta dev'essere applicato quel criterio "*magis ut valeat*", che, nell'esperienza giuridica italiana ha costituito – soprattutto dietro l'insegnamento di Crisafulli – passaggio fondamentale sulla via della valorizza-

zione delle norme costituzionali. Ciò vale sia a risolvere in senso positivo i dubbi sull'attitudine autoapplicativa di norme che pongono diritti, sia a valorizzare il valore di principio che deve pur sempre attribuirsi alle norme che non raggiungono tale livello di determinatezza.

In secondo luogo si deve considerare che la giurisprudenza europea, nel porre limiti all'efficacia diretta "orizzontale" delle norme europee nei rapporti interprivati, non pone limiti e divieti all'efficacia indiretta che le stesse norme possono acquisire, sulla base di strumenti e rimedi previsti nel diritto interno degli Stati membri.

Ciò significa che, al di là della possibilità di disapplicazione di eventuali norme nazionali contrastanti, non si deve pensare affatto che, per il resto, vi sia irrilevanza delle norme che pongono diritti fondamentali.

Viceversa, la rilevanza di diritto interno può aversi anzitutto con la valorizzazione delle norme della Carta come criteri interpretativi vincolanti, nella misura in cui il diritto interno consenta interpretazioni diverse di dati testuali normativi in esso presenti. Ma anche negli spazi di discrezionalità che le norme interne attribuiscono ai giudici, quando dettano clausole generali, i criteri di valore ricavabili dalle norme sulla Carta dovrebbero essere valorizzati come indicazioni giuridiche vincolanti.

Solo quando tutto ciò non è possibile (e fatta salva la possibilità che in Italia ci potrebbe essere di un giudizio di costituzionalità interno della norma contrastante i diritti fondamentali), dovrebbe valere l'indicazione residuale che dà la Corte di giustizia, cioè quella del diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro.

Un secondo, e in certo senso più grave, limite all'efficacia delle norme della Carta dei diritti fondamentali, deriva dalla giurisprudenza consolidata (basata sul già richiamato art. 51, comma 6 della Carta stessa) secondo cui *"le disposizioni della Carta si rivolgono agli Stati membri esclusivamente qualora essi attuino il diritto dell'Unione"*, sicché *"i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non possono trovare applicazione fuori di siffatte situazioni"* (così, da ultimo, la sentenza Pelckmans, C-483/12, del maggio 2014). A questa posizione la nostra Corte costituzionale si è uniformata con la sentenza numero 80 del marzo 2011 (concernente alcune norme procedurali della legislazione antimafia).

Questa posizione richiederebbe un'attenta analisi interna: l'estraneità al diritto dell'Unione dev'essere intesa "per settore", cioè per intere materie (nel qual caso rimarrebbero pochi settori totalmente estranei al diritto dell'Unione), o dev'essere intesa "per fattispecie", con il risultato che le norme europee sui

diritti fondamentali non potrebbero mai incidere su norme interne che tocchino aspetti non disciplinati da una norma europea di attuazione dei diritti? Credo che debba essere affermata senz'altro la prima soluzione, con un risultato di grande ampliamento della portata applicativa delle norme della Carta. Ma credo anche che sia possibile un ulteriore passaggio interpretativo.

A mio avviso, l'art. 51, comma 6, della Carta, e la giurisprudenza consolidata che su di esso si è formata, devono intendersi soprattutto come norme delimitative della giurisdizione della Corte di Giustizia (nella citata sentenza Pelckmans si legge, infatti: *"ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza"*).

Ciò non significa però che, al di fuori della giurisdizione della Corte di Giustizia, le norme sui diritti fondamentali divengano indifferenti, e i diritti fondamentali stessi possano essere impunemente violati dagli Stati membri.

La "comunanza di valori", di cui all'art. 2 T.U.E., e il principio di "leale cooperazione" fra Unione e Stati membri, di cui all'art. 4 T.U.E., impongono agli Stati membri un dovere generale di coerenza con la Carta dei diritti che hanno sottoscritto. Sul piano processuale, non ci potranno essere, nelle materie estranee al diritto dell'Unione, decisioni dei giudici europei e relative sanzioni. Ma il diritto interno, sostanziale e processuale, può ben fare la sua parte nel perseguire quell'obiettivo di coerenza.

3. L'apertura dell'ordinamento interno al diritto europeo.

In particolare, nell'ordinamento italiano una maggiore apertura dovrebbe ammettersi, a mio avviso (e la nostra Corte costituzionale, su questo profilo, forse un po' di coraggio in più potrebbe averlo).

Noi viviamo in un ordinamento in cui, in primo luogo, l'articolo 2 della Costituzione è stato interpretato, da lungo tempo, nel senso che esso non pone un elenco chiuso, cioè un numero chiuso di diritti inviolabili della persona, bensì un elenco che può essere integrato tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento.

Quale migliore occasione può venire dalla quantità di contenuti, di indicazioni di valore importanti, che ci vengono dalla Carta di Nizza, per considerare integrato, su tanti aspetti, questo elenco?

In secondo luogo, noi abbiamo le indicazioni che ci vengono dalla tradizione storica dell'articolo 11.





In terzo luogo (e forse soprattutto) abbiamo le indicazioni sui “vincoli del diritto comunitario e del diritto internazionale”, contenute nell’articolo 117, nuova formulazione, della nostra Costituzione che, come qualsiasi testo normativo, possono essere intesi in senso più o meno ampio e pregnante. Non vedo perché questi “vincoli” non debbano essere intesi in senso forte, come espressione di una scelta dell’ordinamento italiano volta ad anticipare, sul piano dell’equilibrio complessivo di interessi e di valori tutelati dall’ordinamento, una *vis expansiva* delle norme della Carta dei diritti fondamentali, che la Carta stessa, di per sé, non è riuscita a realizzare.

Questo ragionamento potrebbe farsi anche per altre carte dei diritti, a cui lo Stato italiano ha prestato adesione, come la Carta dei diritti del fanciullo e via discorrendo.

Tuttavia, la ritrosia a riconoscere un’efficacia più ampia dei diritti fondamentali nell’ambito dei rapporti interprivati comunque continua ad esprimersi in vario modo, ed ha radici antiche².

Su queste radici vorrei tentare di soffermarmi. Spero perciò che mi sia consentito di aprire un’ampia parentesi e di tornare molto indietro, cercando di ricollocare, nel quadro delle idee fondamentali su cui la nostra cultura giuridica si è sviluppata, questa problematica, allargando un po’ l’orizzonte e spostandoci lontano da un terreno di limitato esame del diritto vigente.

4. Diritti, principi e clausole generali.

Credo che la prima considerazione da fare sia questa: nelle concezioni più antiche, che costituiscono gli archetipi della nostra visione del diritto in generale, non c’era spazio per i principi, né per i diritti fondamentali. Nelle “civiltà del libro”, a cui noi apparteniamo, quello che noi oggi chiamiamo “diritto” è costituito da una serie di comandi provenienti da un potere comunque insindacabile (all’origine divino, ma questa è divenuta, storicamente, una variabile secondaria). Il diritto appare dunque come un sistema di comandi, e come tali questi comandi devono essere interpretati. Abbiamo grandi tradizioni di interpretazione evolutiva della volontà dell’autorità (il diritto talmudico, per esem-

pio), ma in questa prospettiva, ovviamente, non ci sono “principi” e non ci sono “diritti fondamentali”, ma solo comandi, di contenuto più o meno ampio.

Alle radici della nostra cultura giuridica sta, dunque, certo una concezione normativistica, ma propria di un normativismo antico, in cui la “norma” si identifica con il “comando” dell’autorità.

La tradizione romanistica, a cui noi apparteniamo, ha arricchito l’orizzonte concettuale del giurista di altre entità e di altri protagonisti, che non sono solo i comandi (che diventano “precetti” in un ordinamento laico in cui non c’è più un potere supremo personificato, come accade invece nella Bibbia e nel Corano, ma ci sono i *mores maiorum* ed altre “fonti”, che dettano pur sempre norme di condotta).

In questo universo di norme di condotta sono stati così progressivamente introdotti altri “personaggi”. Storicamente i primi fra questi, che si affermano già nella cultura romanistica, sono i “concetti” giuridici, che traducono in termini ontologici insiemi di norme (p.e. *essentialia, naturalia, accidentalia negotii*, ecc.ecc.). Così un universo di norme di comportamento è tradotto in un insieme di entità considerate oggettivamente presenti nella realtà (le principali di esse saranno poi chiamate “istituti”), e tendenzialmente condizionanti l’intero ragionamento dei giuristi di professione.

Un altro “personaggio”, che a un certo punto della storia, diviene protagonista dei ragionamenti dei giuristi, è costituito dai “diritti soggettivi”, intesi originariamente nel senso restrittivo di diritti “titolati” (quindi dominio, con relativo *ius excludendi*; oppure credito o pretesa) e dai “rapporti giuridici” che si costruiscono tra il titolare del diritto e il, o i titolari di situazioni giuridiche passive corrispondenti.

Questo è l’universo ideale in cui si sono formate generazioni di giuristi, si è formata la grande cultura giuridica europea: un universo fatto di comandi, di concetti, di diritti soggettivi titolati. Un universo che non comprende ancora le figure di cui si è prima parlato, e che oggi popolano i nostri ragionamenti e i nostri problemi, quali i principi giuridici e i diritti fondamentali.

In un universo di questo tipo, sia i principi sia i “diritti fondamentali” (concettualmente ben differenti, com’è noto, dai “diritti soggettivi titolati”) sono entità estranee.

Da qui il ragionamento sui principi giuridici che si è fatto per lungo tempo (e che oggi dovrebbe essere praticamente dimenticato, ma temo che continui ancora a serpeggiare in molti ragionamenti di sedicente carattere teorico-generale, che continuano a farsi sul tema): un ragionamento che vede(va) i principi come espressione di auspici morali o di pura politica, o come meri riassunti, con valore residuale, di una serie di norme particolari, ma nulla più di questo.

² Nella amplissima letteratura in argomento, una trattazione approfondita (con conclusioni “prudenti”, ma equilibrate) può leggersi, da ultimo, in G. D’AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti della loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali), in Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, a cura di G. D’Amico, Giuffrè, Milano, 2017, 49 ss. Per una impostazione più vicina a quanto si cerca di argomentare nel testo v. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e Mercato*, 2 017, 15 ss.; e C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull’argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130 ss.

L'attribuzione di valore giuridico vero e proprio ai "principi" e ai "diritti fondamentali" poteva avvenire solo nella prospettiva del normativismo moderno, a sua volta storicamente dipendente dalla rivoluzione statalistica del diritto.

Se mi è consentito continuare a svolgere, a volo d'uccello, questa riflessione sull'evoluzione della nostra cultura giuridica, direi che, ad un certo punto della storia, matura l'unica grande rivoluzione qualificabile – a mio avviso – come "copernicana", nella storia del diritto occidentale, cioè quella costituita dalla costruzione politica della sovranità statale e dall'idea della statualità del diritto e del primato della legge.

In questa prospettiva, il riconoscimento del diritto come espressione della volontà dello Stato comporta la rivalutazione del normativismo in generale.

Nel quadro concettuale che lo *ius commune* si era andato costruendo nei secoli, ed era culminato nella Pandettistica, la norma aveva perduto importanza di fronte all' "istituto" e al "rapporto giuridico". La norma, in un certo momento della nostra cultura giuridica, era diventata addirittura una sorta di epifenomeno dei dati ontologici su cui veniva costruita l'idea complessiva del diritto. La norma doveva essere "spiegata" alla luce di una realtà ontologica profonda del diritto e doveva essere interpretata alla luce della "natura giuridica" dell'istituto di riferimento.

In una concezione statalistica del diritto, si ripropone invece come essenziale la concezione del diritto come insieme di norme, poste stavolta da questa entità che è lo Stato. Non è più un Dio lontano, non sono più i *mores maiorum*, ma comunque una autorità considerata, per qualche tempo, insindacabile.

Ma poi, nel corso del tempo, il potere statale viene ad essere considerato come espressione di un potere a sua volta regolato da norme e sindacabile.

Questo quadro, proprio del costituzionalismo moderno, dovrebbe essere oggi – anche se così non è sempre – il quadro ideale di riferimento di tutti i ragionamenti giuridici.

Il normativismo statalistico giuspositivista costituisce la base teorica su cui si fondano la grande costruzione a gradi e l'articolazione della teoria della norma giuridica, costruite dalla dottrina giuridica nell'ultimo secolo (Kelsen, ovviamente, in primo luogo).

Il normativismo giuspositivistico porta con sé un secondo mutamento di paradigmi: non solo considerare l'ordinamento come qualcosa che può concepirsi solo se collegato ad una realtà istituzionale concretamente esistente, ma anche considerare l'ordinamento come un insieme di norme aventi varie caratteristiche e varie posizioni gerarchiche all'interno dell'ordinamento stesso.

Nascono così, accanto alla figura della norma di condotta (obbligo/divieto comportamentale e relativa sanzione), che aveva popolato i ragionamenti dei giuristi per secoli, e che tuttora in molti manuali è descritta come la norma giuridica *tout court*, le figure delle norme costitutive e delle norme di organizzazione.

La teoria della norma giuridica si popola così di altre entità, che sono norme sulla produzione di altre norme, o comunque di criteri di qualificazione di comportamenti umani: l'emersione di questa categoria di "super norma" costituisce così la premessa ideale per riconoscere anche ai principi, e alle disposizioni di principio, carattere di norma giuridica, anziché di meri enunciati etico-politici.

È ormai noto da tempo (per chi vuole vedere il fenomeno del diritto contemporaneo nella sua complessità) che gran parte del diritto è fatto di norme di organizzazione, prima ancora che di norme di condotta. Ma le norme di organizzazione sono pur sempre norme giuridiche, che non impongono o vietano direttamente condotte, ma disciplinano le modalità di costruzione di nuove regole che qualificheranno altri comportamenti, altre fattispecie che opereranno nei rapporti quotidiani fra soggetti presenti nell'ordinamento.

In questa prospettiva, che credo sia quella tuttora fondamentale nella nostra cultura giuridica, anche se non sempre consapevolmente considerata e vissuta da parte dei giuristi, è chiaro che principi e clausole generali assumono un altro significato, cioè si inseriscono nella teoria complessiva dell'ordinamento non in modo conflittuale o spurio, ma anzi in modo organico.

I principi diventano piuttosto norme anch'essi: non più enunciati puramente ideali o politici, ma norme sulla produzione di altre norme; norme a contenuto assiologico, sicuramente, e a contenuto assiologico forte, ma che hanno, come fattispecie, da un lato determinati beni della vita che devono essere tutelati, dall'altro le norme di rango inferiore prodotte da autorità che possono essere le più varie, che vanno dal Parlamento fino ai soci di una associazione o di una società che adottano le norme statutarie, fino al vero e proprio caso del contratto di scambio.

La concezione del principio giuridico come supernorma, cioè come norma di organizzazione che riguarda non i procedimenti, ma i contenuti della norma di rango inferiore che va ad essere costituita mediante tali procedimenti, può essere quella che viene spontaneamente alla mente, quando si adotta una concezione normativistica moderna dell'ordinamento giuridico.

La più attenta dottrina afferma che "è ormai comunemente accettato che i principi generali sono norme, e che il loro principale tratto distintivo va rintracciato nell'elemento funzionale anziché in





*quello quantitativo del grado di generalità*³. Non so proprio se il “comunemente” accettato debba intendersi nel senso di un’accezione davvero generalizzata dell’idea (credo anzi che il retaggio della vecchia concezione dei principi come aspirazioni etico-politiche e programmatiche sia ancora alquanto diffuso). Tuttavia credo che sarebbe bene che questa concezione fosse comunemente accettata e che i principi fossero generalmente intesi come norme sulla produzione di altre norme, che traducono in criteri di qualificazione giuridica giudizi di valore ed esigenze di tutela di certi beni della vita, e che perciò vincolano, sul piano della validità e/o della liceità, i contenuti delle norme di rango inferiore.

La stessa correzione di rotta dovrebbe avvenire per quelle che possiamo chiamare “clausole generali”, una categoria di norme rispetto alle quali, a mio avviso (con una proposta che ho avanzato in altre occasioni), si dovrebbe analiticamente precisare che si riferiscono a situazioni in cui al giudice è attribuito un potere discrezionale di regolare conflitti fra soggetti dell’ordinamento che sono portatori di interessi astrattamente meritevoli di tutela, rispetto ai quali l’ordinamento non riesce a definire il conflitto con norme generali e astratte e delega il giudice a stabilire la regola atta a risolvere il conflitto nel caso concreto.

Archetipo storico di questa categoria di norme è quello della disciplina dei rapporti di vicinato nella proprietà. Sulla stessa falsariga si è poi costruita la clausola generale della correttezza professionale nella concorrenza sleale, e via via altre (a cominciare dal principio di buona fede nell’esecuzione dei contratti; ma si pensi anche a tutta la materia dei diritti della personalità, o al bilanciamento richiesto dalla costruzione dei diritti di satira e di parodia, e via scorrendo).

Questa figura delle clausole generali, su cui tanto si è scritto, è stata generalmente vista, nella nostra cultura giuridica tradizionale, come un fenomeno di superamento del principio generale di statualità del diritto; in altri termini, come una delega dal legislatore al giudice a regolare un conflitto secondo la propria coscienza, o traendo comunque dalla realtà sociale, extra giuridica, i criteri di risoluzione del conflitto che si pone nel caso concreto.

In una concezione normativistica avanzata, questa concezione può essere però facilmente sostituita da un’altra, cioè quella per cui il giurista, nel risolvere il problema, cioè nel realizzare il bilanciamento fra interessi astrattamente meritevoli di tutela de-

ve ispirarsi proprio ai “principi” che sono sanciti nell’ordinamento, e che sono sanciti dalle carte dei diritti.

L’esistenza di una clausola generale non significa che il giudice debba rifarsi al proprio sentimento, alla propria coscienza o debba trarre da elementi fattuali e sociali, distinti dalle norme giuridiche, il criterio di soluzione. In altri termini, come pure è stato più volte scritto (a cominciare da Rodotà) i principi devono guidare il giudice nella concretizzazione delle clausole generali.

Una terza conseguenza di un normativismo coerente e moderno è il superamento di quella distinzione tra “diritti” e “principi”, che troviamo sancita nella Carta dei diritti fondamentali.

In Kelsen il superamento è noto, nel senso che il diritto soggettivo diventa anch’esso un riassunto di norme che attribuiscono determinate prerogative a determinati soggetti, ma sono sempre norme giuridiche (il diritto soggettivo diviene così un’espressione riassuntiva di norme giuridiche, concretizzabili in termini di tutela di interessi particolari e concreti, in determinate situazioni prefigurate dalla norma).

Ma, a prescindere da Kelsen e da quello che può dirsi per i tradizionali diritti soggettivi titolati, è ancora più facile riconoscere le norme che pongono diritti fondamentali sono pur sempre anch’esse disposizioni di principio, che possono immediatamente tradursi, in certe situazioni concrete, nella tutela di determinati interessi presenti nella realtà. Anche questa idea può dirsi oggi, forse, “comunemente accettata”: Guido Alpa ha scritto di recente⁴ che *“i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona”* (e ciò è detto proprio descrivendo, in un quadro giusrealistico – molto diverso da quello che si cerca di testimoniare in queste pagine – gli orientamenti dei giudici europei).

Alcune disposizioni di principio, tipo “la Repubblica tutela il paesaggio” o il sopra citato art. 27 della Carta dei diritti U.E., che attribuisce ai lavoratori diritti di informazione o diritti di rappresentanza all’interno dell’azienda, richiedono la mediazione di norme più di dettaglio per potersi tradurre in concrete pretese in rapporti interprivati.

Si può invece ritenere che le norme che pongono diritti siano anch’esse disposizioni di principio, che però consentono una concretizzazione più avanzata e immediata, in alcuni rapporti, rispetto alle altre disposizioni di principio che richiedono mediazioni normative più complesse, per potersi tradurre in diritto applicato e in concrete pretese intersoggettive.

In questa prospettiva normativistica avanzata, credo si debba condividere l’idea, presente nella giurisprudenza tedesca, per cui le disposizioni di

³ S. BARTOLE, in *Riv. ital. sc. giur.*, 2014, pp. 10-11, citando Bobbio e Mengoni. Per un convincente sviluppo della concezione normativa dei principi giuridici v. ora G. D’AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D’amico – S. Pagliantini, *L’organizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2018, 1 ss.

⁴ In *Riv. ital. sc. giur.*, 2014, p. 103.

rango costituzionale (in senso lato) che pongono diritti fondamentali, così come le disposizioni di principio, hanno un contenuto assiologico oggettivo da cui tutto l'ordinamento non può prescindere, in tutte le varie figure di qualificazione giuridica che si pongono all'interno dell'ordinamento stesso.

Se un certo contenuto assiologico è fatto proprio dall'ordinamento e considerato meritevole di tutela, ciò significa che esso deve essere coerentemente accolto e sviluppato in tutte le varie istanze, pubbliche e private, spesso intrecciate tra loro, in cui si articolano i rapporti sociali.

Fermo restando poi che l'attribuzione, il riconoscimento dei diritti fondamentali non sempre significa indisponibilità di questi diritti fondamentali: esso significa piuttosto, credo, irrinunciabilità del diritto nel suo contenuto integrale e in prospettiva permanente, cioè inammissibilità di una rinuncia totale e *sine die* di qualsiasi diritto fondamentale. Invece, la disposizione parziale, limitata a certi tempi e a certi contesti, di molti diritti fondamentali, (non certo del diritto alla vita, ma certo di molti altri diritti), è in linea di principio ammissibile.

La coerenza complessiva dell'ordinamento non significa poi che, nella determinazione dei contenuti delle fonti di rango più basso rispetto alla legge, non ci possano essere momenti di deroghe e di bilanciamento dei diritti fondamentali.

In realtà, i diritti "inviolabili", i diritti "indisponibili" e i diritti "fondamentali", non sono sinonimi; e di ciò dovrebbe tenersi conto, anche ai fini dell'applicazione giurisprudenziale delle norme sul risarcimento del danno non patrimoniale.

5. Il problema dell'efficacia diretta nella prospettiva normativistica.

Tutto questo è un problema di ricostruzione analitica del contenuto dei diritti fondamentali e della loro efficacia giuridica, che non toglie però che il principio dell'efficacia diretta debba trovare cittadinanza nel nostro ordinamento.

In realtà l'efficacia è, in senso tecnico, mediata (si può dire, in questo senso, "indiretta"), nel senso che essa può realizzarsi per il tramite dell'applicazione delle norme a contenuto indeterminato presenti nell'ordinamento (principi fondamentali dettati da norme interne, clausole generali e norme a contenuto ampio, come quelle che riguardano l'interesse meritevole di tutela del contratto, e via discorrendo). In altri termini, mediante queste norme, il contenuto delle disposizioni di principio contenenti i diritti fondamentali può trovare traduzione ampia, e tendenzialmente piena, nel nostro ordinamento.

Questa è dunque un'efficacia non propriamente diretta, ma è pur sempre un'efficacia di diritto pri-

vato, che passa per il tramite di norme a contenuto indeterminato dell'ordinamento interno.

Ma anche per quanto riguarda l'efficacia diretta in senso forte dei diritti fondamentali, una concezione normativistica avanzata è idonea – a mio avviso – a favorire operazioni come quella che la giurisprudenza italiana già settant'anni fa fece sull'articolo 36 della Costituzione. Non dico che questo debba avvenire in ogni caso. Sull'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea torno a dire che attribuire al giudice il potere di stabilire se ci debba essere una rappresentanza sindacale o no all'interno di un'azienda, e che caratteristiche debba avere, mi sembrerebbe fuori dalla normalità e politicamente insostenibile.

Per ricordare un'altra sentenza della Corte di giustizia che mi viene in mente, la sentenza Maruko (C-267/06) sui diritti previdenziali del vedovo rimasto tale a seguito di matrimonio omosessuale, probabilmente i tempi sono invece maturi per affermare una possibilità di tutela diretta di questo diritto fondamentale della persona umana (e altri esempi si potrebbero fare).

Sicuramente bisognerebbe scendere in un discorso analitico e farlo con molta prudenza, però conclusivamente direi che, sull'efficacia che possiamo chiamare mediata (cioè, per intenderci, quella che si realizza per il tramite delle clausole generali e dell'interpretazione di norme di diritto privato a contenuto indeterminato) tutto l'insieme delle disposizioni di principio, comprese quelle che pongono i diritti fondamentali nella Carta di Nizza, può trovare larghissima ricezione nel nostro ordinamento.

Sull'efficacia diretta in senso stretto, l'indicazione che ci viene dalla Corte di giustizia a favore di una possibilità, quando esista una norma di rango superiore sufficientemente dettagliata, di un'applicazione immediata, dovrebbe portare a valorizzare tutti i possibili rimedi specifici interprivati, ricavabili da norme di diritto interno, senza limitarsi al diritto al risarcimento del danno a carico dello Stato inadempiente.

6. Considerazioni conclusive.

Vorrei chiudere con poche battute sul tema più generale, sfiorato in precedenza. Credo che oggi un problema centrale della nostra cultura giuridica sia la crisi del normativismo.

Ho cercato di costruire il ragionamento, sopra sommariamente svolto, leggendo la storia della cultura giuridica europea nell'ultimo secolo come la ripresa, in un quadro politico valutativo ben diverso da quello dei diritti premoderni, di una concezione normativistica del diritto, e considerando la concezione normativistica del diritto uno strumento po-



tente per realizzare un'evoluzione dei contenuti e un rafforzamento della tutela di valori fondamentali.

Naturalmente questo significa anche accettare una concezione a gradi dell'ordinamento, e significa accettare una concezione della norma giuridica come "periodo ipotetico" e non come mero comando.

Oggi, tuttavia, questa concezione è in crisi, a favore di un'altra concezione che possiamo chiamare decisionistica (o giusrealistica, in senso lato, anche se pochi giuristi, in Italia, si professano apertamente giusrealisti). È una concezione che possiamo anche definire "post-moderna" (come la chiama Armando Plaia, che ha mostrato una certa simpatia, in un recente scritto, verso di essa).

È un atteggiamento diffuso, che ha influenzato anche il recente contributo di Natalino Irti, che parla di crisi della fattispecie (come dato storico, non come programma o auspicio dell'autore); un saggio brillante, e che dà da pensare, come tutti i saggi di Natalino Irti, ma che io leggerei non nel senso che oggi sia in crisi la fattispecie come categoria concettuale – perché, sul piano della teoria generale formale, la fattispecie non può essere in crisi, se continuiamo a concepire la norma giuridica come periodo ipotetico - ma nel senso che oggi sia in crisi proprio il normativismo come teoria generale del diritto.

Oggi il dilagare, che Irti vede con preoccupazione, di valori e principi nel ragionamento dei giuristi, può portare a una esaltazione del decisionismo, come sicuramente è nelle possibilità reali (che Irti non vede certo adesivamente, anche se non si esprime a fondo, purtroppo, nel pensare una *pars construens*). Decisionismo che, in una versione estrema, può portare all'affermazione di un modello di giustizia del caso concreto, ma può anche sfociare in una visione del diritto in cui l'impostazione normativa non è del tutto abbandonata, ma è incentrata sull'uso giurisprudenziale, anziché sul primato della legge⁵.

Personalmente ritengo, invece, che l'affermazione di valori e principi nei ragionamenti dei giuristi possa costituire anche la base per un percorso diverso, di razionalizzazione del diritto contemporaneo sul piano di un normativismo avanzato, che continua a riconoscere il primato della legge, ma inquadra la fonte legislativa, e la sua interpretazione, nella rete di principi ricavabili dal sistema costituzionale multi-livello.

In questo quadro, diviene componente essenziale del metodo giuridico una discussione razionale sui principi (i.e. sul contenuto da attribuire alle disposi-

zioni di principio e, con esse, ai diritti fondamentali; nonché sulla gerarchia e sul bilanciamento fra principi). Tutto ciò come premessa per l'utilizzazione razionalmente controllabile degli stessi nell'interpretazione e applicazione delle norme di rango inferiore.

Ciò si può fare senza abbandonare quell'impostazione normativistica che, ai fini di un controllo razionale e di una confrontabilità delle decisioni, costituisce tuttora – a mio avviso – una frontiera di civiltà, alla quale credo che non dovremmo rinunciare.

⁵ La critica a questa prospettiva è ora sviluppata in M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Foro it. – La Tribuna, Roma, 2018, 495 ss.



LA CORTE DI GIUSTIZIA TRA SCELTE DI MERCATO E INTERESSI PROTETTI

Di Maddalena Rabitti

| 220

SOMMARIO: 1. *La Corte di Giustizia tra obiettivi di efficienza economica e tutela dei diritti: il rischio della “incalcolabilità”.* – 2. *La natura ibrida della Corte di Giustizia. Funzione giurisdizionale e innovazione del diritto nelle sentenze rese in via pregiudiziale.* – 3. *La genesi funzionale dell’UE e il ruolo additivo della Corte di Giustizia.* – 4. *L’attività della Corte di Giustizia e l’interesse alla stabilità finanziaria dell’Unione.* – 5. *La Corte di Giustizia e la tutela del mercato comune a partire da Dassonville.* – 6. *Segue. La tutela della stabilità finanziaria in materia bancaria: Pringle e OMT.* – 7. *Interessi delle parti in causa e interessi legati all’economia: i casi Dowling, Kotnik.* – 8. *La casistica in materia di migranti. I casi Viking e Laval e il principio di proporzionalità.* – 9. *La Corte di Giustizia “creatrice” del diritto e l’invasione di campo in materie riservate. Principio di effettività e diritto processuale dei consumatori.* – 10. *Principio di effettività e diritto all’informazione e alla trasparenza. Ancora sul ruolo suppletivo della Corte.* – 11. – *Conclusioni.*

ABSTRACT. Muovendo dalle suggestioni del filosofo Duncan Kennedy, lo scritto muove dall’assunto che le decisioni dei Giudici hanno ormai acquisito un ruolo dominante nel fissare principi e regole comuni che orientano i mercati. Le sentenze della CGUE non sono escluse da questa logica. Tuttavia, ciò che emerge è un’irrisolta tensione tra l’esigenza di perseguire obiettivi di efficienza economica comuni e quella di salvaguardare singole posizioni di diritto.

Starting from the suggestions of the philosopher Duncan Kennedy, the paper moves from the assumption that markets are guided by the decisions of the Judges, which have a dominant role in establishing common principles and rules. The judgments of the CJEU are not excluded from this logic. However, an unresolved tension between the need to pursue common economic efficiency objectives and safeguarding individual legal positions emerges.



1. La Corte di Giustizia tra obiettivi di efficienza economica e tutela dei diritti: il rischio della “incalcolabilità”.

Il filosofo Duncan Kennedy nel saggio su *Three Globalizations of Law and Legal Thought* distingue il pensiero giuridico sulla globalizzazione della legge in tre fasi a partire dal 1850 ad oggi.

La prima fase la identifica nel pensiero legale classico (fino al 1914) in cui il rapporto pubblico-privato viene spiegato alla luce del sistema di diritto positivo e in relazione al mercato libero, con un ruolo forte esercitato dalla dottrina che si traduce, ad esempio, nel fenomeno delle codificazioni europee. La seconda fase, che lo studioso fa durare fino al 1968, è caratterizzata dall’attenzione ai diritti sociali: lo sforzo è ripensare la legge come meccanismo regolatorio volto a cercare alternative alla logica del mercato e, in questa prospettiva, assume rilievo centrale la figura del legislatore. Infine, vi è *la fase della globalizzazione* che arriva, secondo Kennedy, ai giorni nostri, in cui le norme cercano di operare al meglio il bilanciamento degli interessi in conflitto, in un modo che viene definito dallo stesso filosofo in termini di “*neoformalismo*” ma che, pragmaticamente, si traduce in una regolazione del mercato improntata al principio dell’efficienza economica e, soprattutto, della supremazia del giudice su tutti gli altri poteri¹.

Ci viene così autorevolmente dimostrato come attualmente i giudici siano, in primo luogo, giudici dell’economia, esercitando un ruolo essenziale nella regolazione dei mercati.

Si assiste, poi, a un processo circolare che viene a connotare l’attuale sistema giuridico in cui lo schema gerarchico delle fonti è stato sostituito da un sistema “a rete”, in cui norme e principi provenienti da fonti diverse assumono, in sostanza, medesima valenza normativa, collocandosi sullo stesso livello².

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea non si sottrae a questo schema e ha ormai acquisito un ruolo dominante nel fissare principi e regole comuni

che orientano i mercati³. La sinergia con legislatore europeo, CEDU e giudici domestici è evidente; tuttavia, l’impressione che si trae dall’analisi della giurisprudenza della Corte europea non è sempre di massima coerenza tra risultati raggiunti e scelte interpretative.

Il bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali sconta, infatti, da sempre, nell’interpretazione della Corte di Giustizia, la funzionalizzazione degli istituti e delle categorie giuridiche agli obiettivi dell’Unione volti, originariamente, alla realizzazione di un mercato unico⁴. Ciò che emerge, in particolare, è un’irrisolta tensione tra l’esigenza di perseguire obiettivi di efficienza economica comuni e quella di salvaguardare singole posizioni di diritto.

Se, in qualche misura, può ritenersi fisiologico un margine di incertezza nel bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali relativi alla persona e gli interessi del mercato come obiettivi di integrazione economica⁵, non sempre è chiaro quale sia il criterio con cui oggi il giudice europeo effettui tale scelta nel caso concreto.

La Corte di Giustizia, che ha da sempre operato e “perseguito una strategia quantomeno di equiparazione (quando non di subordinazione) sul piano assiologico dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze del mercato comune”, in alcune più recenti pronunce sembra, in virtù del dialogo tra Corti europee, almeno sul piano dei principi dichiarati, “disposta a percorrere anche il cammino inverso rispetto a quanto sopra, ammettendo la possibilità di limi-

¹ D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thoughts: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, a cura di D. Trubek, A. Santos, Cambridge University Press, 2006.

² P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1144, afferma che il pluralismo delle fonti implica: “due conseguenze inevitabili: inadeguatezza della legge e perdita della sua autorità. Implica altresì l’esigenza urgente di supplenze; alla quale – come abbiamo già detto – corrisponde un ruolo tutto nuovo per il giurista e, specialmente, per il giudice. Un ruolo – tutto nuovo rispetto alla modernità post-illuministica, ma con sonore ascendenze nella civiltà classica e medievale e con forti corrispondenze con il mondo del *common law* – che potremmo definire correttamente di invenzione del giuridico”.

³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 18; V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 124, il quale afferma che: “l’aspetto forse più saliente e caratteristico del diritto europeo è che esso, grazie all’intensa operosità della Corte di Giustizia, si è venuto sempre più conformando come diritto essenzialmente e prevalentemente giurisprudenziale, avente origine casistica, a volte tratto anche dalle tradizioni comuni agli Stati membri, così atteggiandosi a diritto che rinviene radici e legittima *vis* regolativa immediatamente nel concreto e specifico *caso* della vita e come tale direttamente nell’esperienza e nella prassi”.

⁴ Il rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali è oggetto di studi numerosi e rilevanti. Sulla natura delle libertà fondamentali nella UE, si veda tra gli altri, F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, p. 384 ss. Altrettanto studiato è il tema del bilanciamento degli interessi tra esigenze del mercato e tutela della persona. La letteratura è amplissima. Tra le pubblicazioni più recenti in Italia si veda: E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’UE e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 879 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le libertà fondamentali dell’Unione Europea (principi e problemi della drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 712 ss.

⁵ Quasi naturale conseguenza della crescente rilevanza che ha assunto la Corte nel sistema del diritto europeo che non le consente più di essere un giudice solo dell’economia. In generale, vedi G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell’evoluzione dell’Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 484.



tare “le libertà fondamentali” al fine di tutelare “diritti fondamentali «come riconosciuti dalle Corti Costituzionali o dalla Cedu»”⁶.

Ma, al di là delle affermazioni di principio, sono poi ancora, spesso, i diritti fondamentali a cedere il passo all’efficienza economica dell’Unione. Come è stato rilevato, la giurisprudenza europea, “anziché orientare il diritto dell’Unione all’obiettivo di una conformità con i diritti fondamentali, tende invece a restringere – attraverso un sindacato sulle ragioni scriminanti e attraverso il principio di proporzionalità – il potere giustificativo dei diritti sociali”⁷.

Tra principi declamatori ispirati, nel tempo, più di prima alla tutela di diritti fondamentali della persona, e regole dell’Unione interpretate dalla Corte di Giustizia alla luce del parametro dell’efficienza economica del mercato – vero obiettivo dell’Unione⁸ – si crea, dunque, una tensione che viene, di volta in volta, sciolta dalla Corte attraverso il bilanciamento degli interessi nel caso concreto.

Il riflesso, non solo teorico, di questa complessità è, oltre al tema della coerenza nell’armonizzazione, quello della “calcolabilità giuridica”⁹ che, almeno come prevedibilità delle decisioni, costituisce ormai un obiettivo ineludibile cui deve tendere la giurisprudenza, specie se di grado superiore¹⁰.

Si è detto, infatti, che occorre una “giurisprudenza precorritrice”, capace di fornire sulle questioni

più importanti un orientamento certo e prevedibile¹¹, evitando che la decisione discrezionale e creativa si traduca in una scelta soggettiva e arbitraria¹².

Distinguendo tre diversi corni del problema enunciato, si può rilevare come: (i) sia opinione già sostenuta in termini generali che la progressiva giurisdizionalizzazione abbia determinato un cambiamento del tradizionale riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione, ampliando la sfera di discrezionalità del giudice chiamato a partecipare direttamente alla creazione della regola del caso concreto¹³, con la conseguenza di introdurre elementi di incertezza che possono indebolire in modo significativo la prevedibilità e controllabilità delle decisioni¹⁴; (ii) tale margine di incertezza è inevitabilmente maggiore quando il giudice è chiamato, come accade alla Corte di Giustizia, a dovere bilanciare interessi dell’Unione e interessi (a volte anche diritti fondamentali) dei singoli, non necessariamente allineati, tanto più che l’Unione non è “ordinamento” in senso tradizionale; (iii) se è naturale che il giudice europeo tenga conto dell’impatto economico delle decisioni nell’assumerle, occorre chiedersi fino a che punto la valutazione delle conseguenze economiche della sentenza sull’andamento del mercato comune possa condizionare l’interpretazione della legge. Quest’ultimo aspetto, relativo al condizionamento che può avere l’impatto economico delle decisioni sulle scelte interpretative del giudice, assume rilievo centrale nell’analisi che si intende condurre volta a volta a capire se, in questo modo, non si corra il rischio di procedere *extra legem*, preordinando logicamente l’obiettivo di politica del diritto all’interpretazione del dato positivo.

L’incertezza sull’esito dei giudizi va in qualche modo scongiurata, sia perché si traduce in inefficienze del sistema giurisdizionale europeo e, per l’effetto, in un indebolimento del sistema delle tutele anche interne; il che, in un’analisi costi-benefici, rappresenta certamente un costo che deve essere tenuto sotto controllo; sia perché introduce un problema di giustizia distributiva.

Queste premesse rendono preferibile svolgere un’analisi della questione che tenga conto, in chiave interdisciplinare, degli aspetti pubblicistici e privatistici del problema. La circolarità dei processi regolatori e decisionali è caratterizzata, come si è detto,

⁶ G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna, 2007, p. 109 ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 645.

⁷ E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’UE e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, *op. cit.*, p. 897.

⁸ F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà fondamentali tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo*, in *Contratto e Impresa*, 2018, p. 206.

⁹ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 22, afferma che la fiducia nella legge è attesa di rigorosa applicazione, di stabilità nel tempo, di continuità interpretativa. Soltanto ciò che dura merita affidamento. Si veda anche: ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 44; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 5, p. 687; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1, p. 13: un diritto che non sa andare oltre l’irrazionalità del caso singolo, rimane non calcolabile; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, p. 17; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 5, p. 801. Molti di questi scritti sono ora in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁰ Osserva M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 39 che: “viene così esaltata la posizione verticistica di tali organi, in quanto si prevede che essi possano imporre – in un modo o nell’altro – le proprie scelte interpretative ed applicative a tutti i giudici collocati nel grado inferiore della piramide”.

¹¹ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (Diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, 2017, p. 405.

¹² Ancora, M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 15.

¹³ Nel senso di questo cambiamento sono, ad esempio, M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 2, p. 295 e G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 2017, p. 869.

¹⁴ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 137.





dal dialogo costante tra le Corti, europee e nazionali, e da un sistema delle fonti variegato, in cui la commistione tra pubblico e privato diventa tale da configurare un sistema di vasi comunicanti e la soluzione dipende dal grado di inclinazione che si sceglie.

2. La natura ibrida della Corte di Giustizia. Funzione giurisdizionale e innovazione del diritto nelle sentenze rese in via pregiudiziale.

La Corte è, per sua natura, ibrida. E' un organo giurisdizionale che si distacca dalla logica del "giudice e le leggi" e si muove in una dimensione più vicina al giudice di *Common Law*, connotata da una discrezionalità tale nelle scelte su come dare contenuto al diritto dell'UE che, quando interpreta, innova a tal punto il diritto da crearlo¹⁵, stabilendo, contestualmente, di volta in volta, quale è il bene dell'UE e piegando ad esso i diritti nazionali.

Un esempio di questo modo di procedere è insito nella tecnica delle sentenze rese dalla Corte in via pregiudiziale, spesso direttamente applicabili e, dunque parametro di legittimità delle norme nazionali, anche successive, che a queste devono conformarsi¹⁶. Infatti, "[l]a normativa comunitaria entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, (...) vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia"¹⁷. Analogamente, la nostra Corte Costituzionale già da un trentennio afferma che: "poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del

diritto comunitario, nel senso che *la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative*. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" – vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio – *non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*"¹⁸.

L'importanza che assumono ai fini dell'armonizzazione del diritto dell'UE le sentenze rese in via pregiudiziale è talmente nota da rendere superflua ogni considerazione ulteriore, ma il "monopolio interpretativo" dei Trattati e degli atti normativi dell'Unione rende ancora più evidente la necessità che la Corte di Giustizia – che vincola il giudice nazionale nell'interpretazione della legge – garantisca in qualche misura certezza del diritto.

Ciò, a maggior ragione, in quanto la Corte di Giustizia occupa, fisiologicamente, il posto del legislatore con riguardo ai non irrilevanti vuoti normativi dell'Unione¹⁹.

È in questo *humus* che nascono le sentenze-norme che assumono, però, un significato diverso e specifico rispetto alla prassi, derivata, negli Stati membri, poiché nell'Unione queste sono strumento necessario di completamento. La diversità si coglie sul piano ontologico, poiché per definizione e per vocazione le sentenze sono dirette a colmare i vuoti normativi con una logica da *leading precedent*²⁰.

Il punto su cui occorre interrogarsi, rispetto a questo dato, pur fisiologico, è però se, soprattutto per le pronunce rese in via pregiudiziale, non sia più solo la validità o l'applicazione delle norme

¹⁸ Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389. Così, anche, in modo costante la Corte di Cassazione. *Ex multis*: Cass., 15 marzo 2002, n. 384; Cass., 12 marzo 2005, n. 4466; Cass., 1° settembre 2011, n. 17966; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22577.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 231, osserva che la carenza di contenuti della legislazione europea, cioè la sua strutturale incompletezza, avrebbe dovuto avere come implicazione necessaria il ricorso ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri (...). Tutt'al contrario la corte europea preferisce il criterio dell'interpretazione autonoma, talora dichiarandolo espressamente talora ricorrendo all'altro principio pure ad essa caro, quello di effettività (...).

²⁰ Afferma ancora C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 230, che: "Nella situazione attuale, in parallelo alla estrema atipicità di quello che possiamo chiamare potere legislativo, è diventato sempre più evidente il carattere di precedente che in primo luogo la Corte ha attribuito alle proprie decisioni, osservate con altrettanta puntigliosità dai giudici nazionali, onde si può dire che a una disciplina europea paralegislativa si è associata una funzione ipergiurisdizionale di vera e propria integrazione della prima".

¹⁵ Secondo C. CASTRONOVO, *Diritto civile europeo*, in C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 235, "Il risultato che ne emerge è l'irriducibilità del diritto europeo nel suo complesso all'alternativa tra diritto scritto e diritto giudiziale ... Diversamente dalla giurisdizione di *common law*, alla quale non è consentito pronunciare contro la legge scritta ma che può creare la *rule of law* andando oltre, essa può dunque svolgere la pur del tutto riconoscibile creatività di cui andiamo dicendo entro i territori occupati da quel diritto positivo".

¹⁶ L'art. 267 TFUE, attribuendo alla Corte di Giustizia il monopolio interpretativo dei Trattati e degli atti normativi dell'UE, instaura una giurisdizione di ordine superiore rispetto a quella di ultima istanza degli Stati membri. Così, C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 277.

¹⁷ Corte Cost., sentenza BECA, 23 aprile 1985, n. 113, par. 5.

dell'Unione ad essere considerata dalla Corte. O meglio, occorre valutare quale sia l'interesse protetto che, mediante questi strumenti di tutela, la Corte fa prevalere²¹.

| 224

3. La genesi funzionale dell'UE e il ruolo additivo della Corte di Giustizia.

Il giudice europeo svolge un ruolo, da un lato, normativo quando attraverso l'interpretazione integra gli atti legislativi e, dall'altro lato, esecutivo, quando guida i giudici nazionali nell'interpretare la compatibilità del diritto interno con quello europeo.

In questa peculiarità si coglie, in modo evidente, la distanza che corre tra l'attività svolta dalla Corte di Giustizia e la normale funzione giurisdizionale esercitata dai giudici, e la si comprende solo in considerazione del fatto che con l'Unione Europea non si è in presenza di un "ordinamento statale" in senso proprio.

L'Unione, infatti, nasce come organizzazione internazionale, originariamente unione doganale, fondata sulle quattro libertà di circolazione della Comunità economica europea (persone, merci, servizi, capitali) realizzate, non tutte e non in modo pieno, nel corso degli anni. Le norme istituzionali delle Comunità erano perciò, inizialmente, solo strumentali alle libertà dei mercati; successivamente, sono diventate architettura autonoma e fondamento di un'Unione politica, ma con una configurazione "atipica" rispetto a qualsiasi altra organizzazione internazionale o federazione di stati.

Il sistema dell'UE si è sviluppato, dunque, per definizione, a macchia di leopardo, in modo asistematico in ragione delle necessità – la genesi "funzionale" e non "federale" dell'Unione è uno dei peccati originali – ed è fondato sulla condivisione dei poteri legislativo ed esecutivo, impermeabile alla gerarchia delle norme²² e, dunque, ai criteri interpretativi classici degli ordinamenti continentali che appaiono, peraltro, gli unici rilevanti oggi, *post Brexit*.

Va poi ricordato, ed è un elemento che aggiunge complessità all'analisi, che la legislazione

²¹ Ciò, consapevoli anche del fatto che nel tempo il diritto dell'Unione ha informato anche i diritti individuali, prima affidati agli ordinamenti nazionali e a quello, parallelo, della CEDU, e ora terreno comune. Ma mentre la CEDU si muove orientata dalla necessaria prevalenza della tutela della persona, la Corte di Giustizia – come si è detto – non abdica al ruolo di giudice dell'economia, ma neppure rinuncia ad affermare la centralità dei diritti fondamentali, con le conseguenze sopra evidenziate. Come effetto di questo concorso di giurisdizioni diverse, le tutele hanno inevitabilmente iniziato a divergere.

²² G. AMATO, *Multilevel Europe and Private Law*, in *Making European Private Law: Governance design*, a cura di F. Cafaggi, H. Muir-Watt, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma), 2008, p. 39 ss.

dell'Unione Europea continua ad evolvere, non solo quanto ai contenuti – in ragione del trasferimento delle competenze da parte degli Stati, a seguito delle riforme dei Trattati – ma anche quanto alla forma e alle modalità, in considerazione del diverso grado di armonizzazione che il legislatore europeo vuole o può raggiungere, nel *patchwork* delle competenze derivanti dai cerchi asimmetrici dell'Unione a varie velocità, in cui norme e regole applicative valgono a volte per tutti gli Stati membri, altre solo per alcuni (basti pensare alla moneta o alla libertà di circolazione). Il grado di armonizzazione è – grossolanamente – inversamente proporzionale alla discrezionalità della Corte di Giustizia chiamata a giudicarne l'applicazione²³.

Come è stato affermato, "il quadro che si compone non è, dunque, suscettibile d'essere rappresentato in un'immagine statica, in un disegno geometrico, ma l'interazione tra regole si pone all'esito del percorso ermeneutico e si ridefinisce costantemente – come in un ideale caleidoscopio – per effetto del concorso tra fonti, amministrato e conteso tra il ruolo additivo della Corte Europea di giustizia e la competenza decentrata delle corti nazionali, che operano quali giudici "delegati" nell'attuazione del diritto europeo"²⁴.

In questo scenario, il giudice europeo ha assunto un ruolo multifunzionale, di ponte tra le isole del diritto derivato da quello internazionale, di enzima, tra gli ordinamenti nazionali in una contaminazione reciproca tra diritti nazionali ed europeo.

4. L'attività della Corte di Giustizia e l'interesse alla stabilità finanziaria dell'Unione.

Duncan Kennedy osserva che la Corte europea di Giustizia è *neoformalista* nella sua interpretazione delle libertà fondamentali dell'Unione per nascondere il suo potere legislativo sotto il mantello della necessità legale²⁵. In effetti, già da quanto si è

²³ Altre variabili dipendono anche dal fatto che le norme di primo livello abbiano carattere legislativo e, dunque, dal ruolo del Parlamento Europeo; talvolta le norme anche di primo livello non sono espressione del Parlamento: si pensi agli atti della BCE, la cui indipendenza presuppone l'esclusività del processo decisionale. Rilevo assume, peraltro, anche il ricorso all'approccio intergovernativo – alternativo al "metodo comunitario" e la cui applicazione sfugge alla competenza della Corte di Giustizia – tipico dei momenti di crisi e assorbito al superamento di questi. Si veda, da ultimo, la disciplina sul *fiscal compact*, adottata con un trattato internazionale che ora una recente proposta di direttiva della Commissione sta "comunitarizzando" (Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri del 6.12.2017, COM (2017) 824 final).

²⁴ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 714.

²⁵ D. KENNEDY, *op. cit.*, p. 69.





fin qui detto, si evince che la Corte di Giustizia ha assunto un ruolo così forte da renderla alla stregua di un *legislatore aggiunto e forse davvero autonomo*. Di recente, vi è anche chi ha autorevolmente affermato che la Corte di Giustizia è diventata una spada ben più lunga del braccio positivo che la sorregge, tramutando la sua natura originaria di *ius dicere*, in quella di super legislatore²⁶, quarto pilastro, insieme a Commissione, Parlamento e Consiglio della costruzione normativa dell'Unione²⁷.

Per verificare se la discrezionalità è esercitata in modo (tecnico) consono allo spazio che può essere riservato a un giudice²⁸, per quanto esso sia naturalmente formante forte del diritto, occorre guardare in concreto all'attività della Corte e ai riflessi sul diritto dell'economia dell'Unione.

Secondo l'insegnamento tradizionale, la Corte esercita il potere giurisdizionale svolgendo, al contempo, quando necessario: (i) un ruolo *normativo* (innova) quando interpreta il diritto applicando, ma anche *integrando*, gli atti legislativi ed esecutivi; (ii) un ruolo *evolutivo*, quando interpreta il diritto dell'UE lasciando, poi, ai giudici nazionali il compito di valutare la compatibilità del diritto interno con il diritto dell'UE; (iii) un ruolo di giudice di *appello* rispetto al tribunale di primo grado: è questa, ai nostri occhi, la funzione più strettamente giurisdizionale, dal momento che decide sul rapporto, incidendo sui diritti individuali delle persone.

Appare, perciò, utile svolgere un esame – seppure limitato solo ad alcune decisioni – della giurisprudenza dell'Unione, per vedere fino a che punto la Corte di Giustizia talvolta capovolga la tecnica di interpretazione, facendosi condurre soprattutto da argomenti di carattere legal-economico relativi alle conseguenze, ordinati secondo il principio dell'efficienza²⁹.

5. La Corte di Giustizia e la tutela del mercato comune a partire da *Dassonville*.

Come giudice dell'integrazione delle lacune normative la Corte ha svolto un'attività molto significativa. Si possono distinguere, anche in ordine di

tempo, diversi filoni di sentenze, il cui tratto comune è rappresentato dalla realizzazione di chiari obiettivi di politica economica³⁰.

Il “cuore” della Comunità Economica Europea, alla nascita, erano – come si è detto – le quattro libertà fondamentali di circolazione di merci, persone, servizi e capitali³¹; secondo i Trattati, esse avrebbero dovuto realizzarsi al termine di un periodo transitorio di dodici anni e dunque, nel 1968. La Corte, negli anni '70, preso atto della mancata realizzazione degli obiettivi (il percorso non era di fatto neanche avviato), ha utilizzato principi espressi dai Trattati per supplire alla mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali (i.e. il principio del mutuo riconoscimento) – e, quando anche questi mancavano, non ha annullato atti delle istituzioni europee fondati su poteri impliciti (perché adottati in assenza di espressa attribuzione nei Trattati) – per promuovere, da un lato, misure compensative e, dall'altro lato, misure di stimolo verso un mercato unico.

Così, per le merci vi è stato il “mutuo riconoscimento” che da *Dassonville*³² a *Cassis de Dijon*³³ ha abbattuto le frontiere fino a costringere gli Stati più ostinati, negli anni '80, al paradosso delle “discriminazioni a rovescio”³⁴, poiché l'applicazione in via giudiziale del mutuo riconoscimento finiva per pregiudicare l'attività delle imprese nazionali, che

³⁰ Si veda G. TESAURO, *op. cit.*, p. 505 ss.

³¹ Sul punto A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 732.

³² Corte di Giustizia, 11 luglio 1974, causa C-8/74, *Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville*, 1974, Racc. I-837.

³³ Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein*, 1979, Racc. I-649.

³⁴ Una delle finalità ultime dell'integrazione europea è rappresentata dalla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone e sono vietate le discriminazioni. Il riconoscimento dei diritti di mobilità ai cittadini che si spostano sul mercato comune può produrre situazioni di svantaggio per coloro che operano, invece, nell'ambito di un singolo Stato membro. Le disposizioni nazionali che quei diritti comprimono non sono infatti applicabili agli operatori comunitari, mentre conservano la loro portata restrittiva nei confronti delle situazioni interne. Nell'esperienza comunitaria, tale fenomeno prende il nome di discriminazioni alla rovescia. La rimozione di queste situazioni passa attraverso un'applicazione mirata del principio generale di eguaglianza, accompagnata da un'opportuna collaborazione tra Corte di giustizia e giudici nazionali. Così chiarisce il concetto, F. SPILATERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Roma, 2010. Sul tema, per tutti, E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni “a rovescio”*, in *Dir. un. Eu.*, 1996, p. 351 ss. In giurisprudenza, Corte di Giustizia, 27 ottobre 1982, cause riunite C-35/82 e C-36/82, *Morson e Jhanjan* (in *Racc.*, p. 3723); Corte di Giustizia, 10 gennaio 1985, causa C-229/83, *Leclerc* (in *Racc.*, p. 1); Corte di Giustizia, 23 ottobre 1986, causa C-355/85, *Cognet* (in *Racc.*, p. 3231); Corte di Giustizia, 14 luglio 1988, causa C-90/86, *Zoni* (in *Racc.*, p. 4285); Corte di Giustizia, 30 maggio 1989, causa C-33/88, *Allué I* (in *Racc.*, p. 1591); Corte di Giustizia, 2 agosto 1993, cause riunite C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué II* (in *Racc.*, p. I-4309).

²⁶ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, *op. cit.*, pp. 227-228.

²⁷ Questo dato, peraltro, va inserito in un'evoluzione che ha spostato l'asse del *balancing of powers*, della condivisione del potere legislativo a favore del Parlamento europeo – il quale in origine veniva solo consultato mentre ora co-decide con il Consiglio – con la conseguenza di una maggiore attenzione alle tutele nei mercati, su cui la Corte è stata poi chiamata ad esprimersi.

²⁸ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 15: in altri termini, si tratta di stabilire il confine tra decisione discrezionale e decisione arbitraria.

²⁹ Sul tema v. L. NIGLIA, *Tra Europa e diritto privato: la questione del bilanciamento secondo il diritto civile comparato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 159 ss.; p. 181.

dei diritti garantiti dalla norma straniera non potevano avvalersi.

Si è anche consolidata, in via giurisprudenziale, la condanna delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente, distintamente (e anche indistintamente) applicabili, diretta a superare anche i tentativi di elusione delle norme da parte degli Stati membri.

Per le persone, la libertà di circolazione, assicurata al solo lavoratore (attuale o potenziale) è stata poi estesa dalla Corte³⁵ fino a indurre gli Stati Membri a stipulare il Trattato Schengen, che è stato la prima applicazione di una “cooperazione rafforzata”, diventata poi principio e norma disciplinata dai Trattati fino a consentire, oggi, un’Unione a più velocità variabili.

Un’ampia giurisprudenza sui servizi³⁶ ha poi aperto la strada alla costruzione di un impianto normativo da parte del legislatore europeo che, in applicazione, all’inizio, del mutuo riconoscimento, si è completato con la direttiva *Bolkestein*³⁷. Di nuovo: la Corte ha avviato un processo che il legislatore ha poi completato quando i tempi erano maturi.

Il secondo filone si associa all’interesse collettivo all’apertura dei mercati alla concorrenza che ha indotto la Corte di Giustizia a pronunciare sentenze *eversive* rispetto ai Trattati formali, facendo prevalere il carattere “funzionale” dell’ordinamento europeo che la Commissione costantemente richiamava.

La storia è nota, riguarda le liberalizzazioni dei mercati degli anni ‘90.

Le sentenze “terminali”³⁸ e “servizi”³⁹ hanno, così, consentito alla Commissione europea di perseguire la liberalizzazione dei mercati (a partire dalle telecomunicazioni), utilizzando la leva dell’art. 106.3 del Trattato che – nell’interpretazione della Corte – consentiva alla Commissione non solo di proporre, ma anche di adottare una direttiva, senza passare per il Consiglio e il Parlamento europeo, cui di fatto veniva negata la partecipazione alla formazione di un atto normativo.

Le “direttive fatte in casa” dalla Commissione hanno costretto, poi, gli Stati (e, dunque, il Consiglio) ad accettare il progetto politico della Commissione di aprire i mercati alla concorrenza, scardi-

nando i monopoli nazionali (pubblici, tranne che nel Regno Unito). Questo obiettivo è stato ritenuto dalla Corte prevalente addirittura sul rispetto della procedura legislativa prevista dai Trattati.

6. Segue. La tutela della stabilità finanziaria in materia bancaria: *Pringle* e *OMT*.

La giurisprudenza recente della Corte di Giustizia in materia bancaria costituisce ulteriore esempio di funzione legislativa della Corte, integrativa di una normativa in costante evoluzione (in una fase di “codificazione permanente”), svolta in funzione suppletiva.

*Pringle*⁴⁰ e *OMT*⁴¹ sono due pronunce della Corte storiche, adottate a breve distanza l’una dall’altra, su rinvio pregiudiziale di una corte irlandese la prima, addirittura della Corte costituzionale tedesca la seconda (ed è stata la prima volta).

La Corte di Giustizia ha ritenuto legittima sia (nella prima) l’azione della BCE sia (nella seconda) le misure da questa adottate, per quanto non convenzionali, e, dunque, sul piano giuridico, atipiche, poiché non fondate su norme specifiche che le attribuissero tali poteri. Non volendo ricorrere, nuovamente, ai poteri impliciti, la Corte ha ritenuto che le misure non convenzionali (le OMT, e così sarà poi per il *quantitative easing*) rientrassero nel perimetro

⁴⁰ Corte di Giustizia (adunanza plenaria), sent. 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*, causa C-370/12; non ancora pubblicata nella *Raccolta*; essa è riprodotta in *Rivista*, 2013, p. 580 ss. Per i primi commenti alla sentenza si vedano: B. DE WITTE, T. BEUKERS, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the EU Legal Order: Pringle*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 805 ss.; V. BORGER, *The ESM and the European Court’s Predicament in Pringle*, *German Law Journal*, 2013, p. 113-139; P-A. VAN MALLEGHEM, *Pringle: a Paradigm Shift in the European Union’s Monetary Constitution*, *ibid.*, 2013, pp. 141-168; O. PORCHIA, *Il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione europea nella governance economica europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, pp. 593-612.

⁴¹ Corte di Giustizia, 16 giugno 2015, causa C-62/14 *Gauweiler e a.* La vicenda processuale in esame trae origine da una serie di azioni (quattro ricorsi diretti e un conflitto tra poteri dello Stato) promosse dinanzi al Tribunale costituzionale-federale per contestare la compatibilità con la costituzione tedesca del cosiddetto programma OMT (*Outright Monetary Transactions*) con il quale la BCE annunciava un programma di acquisto sul mercato secondario, in quantità potenzialmente illimitata, di titoli sovrani di Stati membri in condizioni di difficoltà di bilancio e soggetti a programmi di assistenza finanziaria. Si veda tra i primi commenti alla vicenda dinanzi alla Corte tedesca: F. BASSAN, *Le operazioni non convenzionali della BCE al vaglio della Corte Costituzionale tedesca*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 361-393. Per l’elenco dei commenti alla sentenza della CGUE, si rinvia allo *special issue*, *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, Vol. 1.

³⁵ Una trattazione sistematica è in M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006.

³⁶ Si rinvia per un’analisi sistematica a G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, nonché a N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Milano, 2008.

³⁷ Direttiva 2006/123/CE.

³⁸ Corte di Giustizia, 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Consiglio c. Commissione*, in *Racc.*, p. I, 122.

³⁹ Corte di Giustizia, 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, in *Racc.*, p. I-1239.





dei poteri attribuiti alla BCE in modo funzionale e, dunque, li ha qualificati come strumenti di politica monetaria (di competenza perciò esclusiva della banca centrale) e non economica (degli Stati membri, sotto coordinamento della Commissione), diretti a raggiungere l'obiettivo di stabilità di un'inflazione vicina al 2%.

Tutto il resto erano conseguenze, effetti collaterali, diretti o indiretti, e non costituivano l'obiettivo delle misure che così, e solo in virtù di questa strumentalità principale, venivano considerate legittime. Questa soluzione la si è raggiunta in via interpretativa, perché modalità, termini e condizioni per raggiungerla erano affidate alla discrezionalità esclusiva e legittima – se esercitata in modo funzionale a quest'obiettivo – della BCE.

In sostanza, in questi casi, nel vuoto normativo, la Corte non ha provveduto a integrare direttamente le regole, ma ha ritenuto legittima l'integrazione che ne faceva la BCE, che doveva essere in ciò tutelata, poiché contestarne la discrezionalità comportava minacciarne l'indipendenza.

L'interesse dei singoli (ricorrenti, negli ordinamenti nazionali) delle banche, degli Stati membri, non solo differenti tra loro, ma chiaramente in contrasto, è stato temperato dal giudice in funzione dell'interesse primario tutelato dai Trattati, assumendo così rilevanza solo strumentale alla tutela dell'interesse economico dell'UE.

Sotto questo profilo, si potrebbe forse anche ritenere che la Corte, in un caso e negli altri, assicuri per certi versi la "calcolabilità giuridica" e la prevedibilità dell'esito del giudizio, ponendo al centro della valutazione giuridica le esigenze economiche dell'UE e condizionando ad esse l'esito del giudizio; tuttavia così non sembra leggendo la giurisprudenza della Corte.

Resta il dubbio se, essendo il ragionamento giuridico condotto solo sulla base di un interesse terzo (stabilità dei mercati, concorrenza), sia garantita la correttezza dell'argomentazione giuridica.

7. Interessi delle parti in causa e interessi legati all'economia. I casi *Dowling* e *Kotnik*.

La Corte, oltre al ruolo suppletivo del regolatore, assume su di sé anche il compito di dare un indirizzo politico-economico all'Unione, individuando e perseguendo l'obiettivo economico, anche se ciò, talvolta, comporta scelte interpretative che possono, in concreto, condurre a risultati a cui forse non si giungerebbe qualora la Corte si limitasse a decidere guardando solo l'interesse della parte.

La Corte di Giustizia ha affermato così, ad esempio, che in caso di grave perturbamento dell'economia e del sistema finanziario di un Paese,

il diritto UE non osta all'esecuzione di un aumento di capitale di un ente creditizio anche contro la espressa volontà dei soci e in assenza di una loro specifica approvazione in sede assembleare; approvazione, peraltro, imposta da una legge nazionale⁴².

La vicenda, che ha visto protagonista nel caso *Dowling* una banca irlandese, ha portato la Corte di Giustizia ad affermare che "gli interessi degli azionisti e dei creditori non possono essere ritenuti prevalenti in ogni circostanza rispetto all'interesse pubblico alla stabilità del sistema finanziario".

Nel caso di specie, la Corte, effettuando il bilanciamento degli interessi in gioco, ha ritenuto che, a seguito dell'insuccesso della proposta di ricapitalizzazione avanzata dal Governo irlandese, l'ordinanza ingiuntiva fosse il solo mezzo per garantire la ricapitalizzazione della banca utile ad evitare l'insolvenza di tale istituto finanziario, nonostante la contraria valutazione dei soci. Ciò dopo avere valutato la gravità delle ripercussioni che, sul piano sistemico, sarebbero conseguite all'insolvenza dell'istituto creditizio, con pregiudizio dell'intera Unione Europea⁴³.

La soluzione del caso è ineccepibile sotto il profilo formale essendo argomentata sul piano del rapporto tra fonti normative: la Corte di Giustizia, nell'affermare la correttezza del ragionamento della Corte Suprema irlandese che ha imposto la ricapitalizzazione, ha implicitamente ritenuto che le regole stabilite dalla Seconda direttiva europea cedano di fronte ad una previsione diversa, incompatibile con la direttiva, contenuta in una legge interna dello Stato, che però è anch'essa espressione di una scelta di politica economica della stessa Unione Europea. Ciò in quanto la II direttiva societaria è diretta a regolare i diritti degli azionisti in fisiologia, e non in situazioni di patologia dell'economia che giustificano deroghe, dal momento che stabilità del sistema finanziario e minimizzazione delle distorsioni della concorrenza costituiscono un interesse pubblico superiore.

Ma il disegno della Corte, volto ad assicurare la stabilità dell'Unione attraverso l'interpretazione delle regole, è più manifesto in un'altra decisione, nota come *Kotnik*.

In materia di aiuti di stato, *Burden Sharing* e *bail in*, la Corte, dopo avere chiarito condizioni e limiti che giustificano la concessione di "aiuti di stato", ha affermato espressamente che la *ratio* della scelta se concedere o meno gli aiuti è quella di evitare il rischio che la difficoltà in cui versa una banca si propaghi rapidamente ad altre banche sia nello Stato membro sia in altri Stati membri, producendo rica-

⁴² Corte di Giustizia, 8 novembre 2016, causa C-41/15, *Gerard Dowling e a./Minister for Finance*.

⁴³ Sul tema E. RAGANELLI, *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 341 ss.

dute negative in altri settori dell'economia⁴⁴. Pertanto, la stabilità degli Stati viene prima del diritto degli azionisti, perché altrimenti vi è rischio conseguente “di produrre ricadute negative in altri settori dell'economia”, con pregiudizio di tutta l'Europa.

L'argomentazione seguita dalla Corte rivela che è la preferenza per la tutela del mercato su quella delle parti a determinare l'esito del giudizio: si assiste, cioè, al ricorso ad una diversa tecnica di bilanciamento degli interessi da parte del giudice, il quale non si limita più a scegliere tra due interessi in conflitto riferibili alle parti in causa, ma tra questi e alcuni interessi generali, legati all'economia nazionale o sovranazionale che, di volta in volta, vengono in gioco. Ciò solleva il dubbio che l'impatto economico della decisione orienti a priori l'interpretazione, con il rischio, per dirla con Irti, che il diritto perda, man mano, qualsiasi razionalità nei confronti delle parti e si risolva *nell'occasionalità del puro decidere*⁴⁵.

8. La casistica in materia di migranti. I casi *Viking e Laval* e il principio di proporzionalità.

La Corte di Giustizia ricorre spesso al principio di *proporzionalità*⁴⁶ e a quello di *effettività*⁴⁷ soprat-

⁴⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 luglio 2016, C-526/14, *Kotnik*. Per un commento si veda E. RAGANELLI, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, p. 779.

⁴⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 49.

⁴⁶ Il principio di proporzionalità esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano i limiti di quanto è necessario alla realizzazione di tali obiettivi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti. La stessa Corte di Giustizia, 21 giugno 2018 (*Repubblica di Polonia v. Parlamento europeo*), precisa i limiti che in teoria incontra nel ricorso al principio di proporzionalità. Esso costituisce parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione ed esige che gli strumenti istituiti da una disposizione del diritto europeo siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerli. Per quanto riguarda il sindacato giurisdizionale di tali condizioni, occorre, tuttavia, riconoscere al legislatore dell'Unione un ampio potere discrezionale in un settore che richiede da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale e rispetto al quale esso è chiamato ad effettuare valutazioni complesse; quindi, nel suo sindacato giurisdizionale sull'esercizio di siffatta competenza, la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella del legislatore dell'Unione. Essa potrebbe, tutt'al più, censurarne la scelta normativa soltanto qualora apparisse manifestamente errata, oppure qualora gli inconvenienti che ne derivano per alcuni operatori economici fossero sproporzionati rispetto ai vantaggi che essa presenta per altri.

⁴⁷ Con riferimento alla esperienza eurolunitaria del principio di effettività delle tutele, si vedano: N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà*

tutto per le sentenze rese in via pregiudiziale in cui, come si è detto, non è più solo la validità e applicazione delle norme dell'Unione che viene ad essere presa in considerazione, ma quest'attività, anziché essere finale, diventa strumentale per tutelare anche altri interessi rilevanti, incidendo sul diritto nazionale.

Il principio di effettività orienta il giudice alla ricerca del rimedio più adeguato alla reintegrazione dell'interesse leso e giuridicamente protetto⁴⁸ e, nel diritto europeo, si declina nel senso che le norme applicabili non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione⁴⁹.

Esso ha consentito, più degli altri, alla Corte di Giustizia di accreditare qualunque interpretazione che ritenesse preferibile sul terreno della politica del diritto. In questo modo, esso ha finito col prevalere anche sul “principio di interpretazione autonoma”⁵⁰, spesso anch'esso richiamato dalla Corte, che presta il fianco a una condivisibile critica, dal momento che presuppone la completezza del dato da interpretare che, come si è detto, è un carattere che manca all'Unione Europea che non è un ordinamento giuridico in questo senso. È, dunque, soprattutto attraverso il principio di effettività che la Corte di Giustizia è “creatrice” del diritto.

Vale la pena di considerare l'uso che in concreto la Corte ha fatto dell'uno e dell'altro principio richiamati.

Nel bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, è chiaramente delineato il modo in cui opera il principio di proporzionalità in molte sentenze sui migranti, nonché nei casi giurisprudenziali in tema sindacale, noti come *Viking e Laval*.

Quanto al tema dell'immigrazione – oggi di drammatica attualità – la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE si è mossa tra esigenze differenti: equilibrio istituzionale; bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali della persona e degli interessi di carattere generale; attuazione effetti-

degli ordinamenti, Napoli, ESI, 2010, p. 633; pp. 392-393; N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 111; C. MAK, *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H. Micklitz (ed), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, 2014, p. 236; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge Antwerp-Portland, 2014, p. 89; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *op. cit.*, p. 878; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666; D. IMBRUGLIA, *Effettività delle tutele e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961 ss.

⁴⁸ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele*, *op. cit.*, p. 390.

⁴⁹ N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 373 ss.

⁵⁰ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 252.



va del principio di solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri di cui all'articolo 80 del TFUE. Come si è rilevato, la Corte di Giustizia, in materia di diritti degli stranieri, “pur confermando l'orientamento apertamente garantista, dà concreto risalto e significato alla nozione di «interessi riconosciuti dall'ordinamento europeo» (formula edulcorata dell'interesse pubblico europeo), che include, evidentemente, anche l'interesse all'autoconservazione dello stesso progetto europeo, questo sì gravemente minacciato dall'ondata migratoria in atto”⁵¹.

L'interconnessione del tema dei migranti con i diritti umani ha comportato anche l'integrazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵². Ad esempio, è a seguito della sentenza *Hirsi* con cui la CEDU ha condannato l'Italia per il respingimento di migranti senza aver valutato il rischio cui questi sarebbero stati esposti, che l'Unione ha adottato il Regolamento 656/2014/UE che disciplina questa fase in modo completo⁵³.

La Corte, in altra occasione, bilanciando le esigenze di integrazione di cui all'art. 79 TFUE con la tutela dei diritti fondamentali, ha sottolineato l'importanza di garantire la *proporzionalità* di misure nazionali pure formalmente legittime quando negano il ricongiungimento familiare decorso un certo periodo di tempo⁵⁴. O, ancora, ha pronunciato sentenze che fanno prevalere l'interesse legittimo di un

paese (peraltro terzo: gli Stati Uniti) a mantenere una forza armata su quello del militare che si opponga alla prosecuzione del servizio per non esporsi al rischio concreto di commettere crimini contro la pace, di guerra e contro l'umanità e a tal fine chiedi asilo⁵⁵.

I casi richiamati dimostrano, tra l'altro, che, a fronte del fatto che il Trattato sull'Unione europea sancisce l'incompetenza della Corte di Giustizia riguardo alle disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, si verifica un fenomeno di progressiva occupazione di spazi sempre più ampi di politica estera e di sicurezza comune, non solo sul piano normativo, ma anche su quello giurisprudenziale, con l'effetto di un'estensione significativa delle competenze della Corte di Giustizia, a conferma della progressiva giurisdizionalizzazione del diritto dell'Unione.

Veniamo ai casi *Viking* e *Laval* e, dunque, ai diritti sindacali dei lavoratori. In questa materia, come si è rilevato in dottrina, si è utilizzata la tecnica della *Drittwirkung*⁵⁶ – sul presupposto della necessità di sindacare atti collettivi di natura privata – per contrastare a difesa delle imprese l'esercizio del diritto di sciopero e la contrattazione collettiva, ove questi ostacolano la libera prestazione dei servizi delle imprese⁵⁷.

Nel caso *Viking*, la Corte si è pronunciata sul conflitto tra azione collettiva del sindacato e libertà di stabilimento. La società finlandese *Viking*, con sede in Finlandia, intendeva registrare una propria nave con la bandiera di un altro Stato membro per ragioni di convenienza economica; il sindacato, però, agiva per tutelare i lavoratori contro il cambio di bandiera di convenienza, chiedendo all'impresa di applicare comunque le clausole previste dal contratto di lavoro della Finlandia ai lavoratori dipendenti dalla società controllata e stabilita nel diverso Stato membro.

La Corte ha affermato che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni di interesse generale che giustificano le restrizioni alla libertà di stabilimento, purché sia accertato che queste siano idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo e non vadano al di là di ciò che è necessario. In altri termini, la Corte ha condiviso le ragioni dell'impresa, affermando che anche l'esercizio dei diritti sindacali può porsi in

⁵¹ M. PACINI, *Il trattenimento dei richiedenti asilo tra Corte UE dei diritti fondamentali e CEDU*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2016, p. 658. Corte di Giustizia, 5 settembre 2012, causa C-355/10, *Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2012:516.

⁵² Si veda Corte di Giustizia, 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, JN. Ancora, M. PACINI, *op. cit.*, p. 668: “Sebbene la Corte di Giustizia giudichi in base a parametri autonomi e parzialmente differenti da quelli impiegati dalla Corte dei diritti, essa ricerca nondimeno una conclusione che si incastrerà perfettamente con la giurisprudenza di quest'ultima. Rispetto alla Corte dei diritti – secondo la quale le limitazioni dei diritti della CEDU devono essere previste dalla legge, orientate a un fine pubblico legittimo (nazionale) e proporzionate a quest'ultimo – la Corte di Giustizia deve, altresì, sincerarsi che dette limitazioni non incidano sul nucleo essenziale dei diritti e, soprattutto, rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione; così confrontandosi con una sorta di interesse o fine pubblico europeo, distinto da quelli nazionali, che rappresenta la sorgente primaria dell'autonomia dell'ordinamento UE. A fronte di questa differenza nei parametri, però, essa è al contempo aperta a interpretare il diritto UE, in ossequio al principio dell'effetto utile, in modo convenzionalmente orientato – nella fattispecie prevedendo che la domanda di asilo sospende e non interrompe il procedimento di rimpatrio – così da evitare conflitti e, anzi, saldare la propria giurisprudenza a quella della Corte dei diritti (*consensual jurisdiction*)”.

⁵³ CEDU, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, app. n. 27765/09.

⁵⁴ Corte di Giustizia, 12 aprile 2016, causa C-561/14, *Genc*, EU:C:2016:247. La Corte ha tenuto che la norma danese, che negava il ricongiungimento del minore trascorsi due anni, fosse legittima, ma andasse applicata in modo proporzionale, bilanciando le esigenze di integrazione di cui all'art. 79 TFUE con la tutela dei diritti fondamentali.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2015, causa C-472/13, *Sheperd*, EU:C:2015:117. Qui la Corte ha ritenuto che il sig. Sheperd, arruolandosi sapeva a cosa andava incontro e che il suo interesse ad evitare una pena detentiva fino a cinque anni dovesse cedere rispetto a quello degli Stati Uniti a mantenere un esercito.

⁵⁶ Su cui vedi, tra gli altri, G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 22016, p. 443 ss.; E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 878 ss.

⁵⁷ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 882 s.

contrasto con le libertà fondamentali del Trattato, specie qui quella di stabilimento, se l'esercizio del diritto di sciopero è ingiustificato o non proporzionato. È, dunque, il principio di proporzionalità a rendere legittima la scelta interpretativa della Corte europea.

Nel caso *Laval*, invece, la Corte di Giustizia si è pronunciata sul conflitto tra diritto di sciopero e libertà di prestazione dei servizi. La *Laval*, società lettone, aveva distaccato in Svezia 35 lavoratori per farli lavorare in una società di diritto svedese, controllata al 100 per cento; il sindacato ha tentato di costringere, con un'azione collettiva in forma di blocco di cantiere, la *Laval* ad avviare una trattativa sulle retribuzioni dei lavoratori distaccati e a stipulare condizioni più favorevoli di quelle previste dalla legge vigente. Anche in questo caso, la Corte ha concluso ritenendo non giustificata l'azione sindacale in quanto le restrizioni che ne sarebbero derivate al principio di libera prestazione dei servizi non erano giustificate neppure alla luce del principio di non discriminazione e di proporzionalità.

A proposito di questa giurisprudenza, si osserva anche che pronunciarsi sul diritto di avviare un'azione collettiva esula dalle competenze regolatorie dell'UE, essendo riservate alla competenza degli Stati; la Corte, però, riconoscendo l'effetto orizzontale della libertà di circolazione opponibile anche alle organizzazioni sindacali, ha creato lo spazio per operare il bilanciamento.

La Corte ha così "eroso" le competenze degli Stati membri, dando spazio al diritto dell'Unione nella sua dimensione di diritto vivente. Nel momento in cui la soluzione dipende dal fatto che l'azione sindacale intrapresa sia *adeguata per raggiungere l'obiettivo e non vada al di là di ciò che è necessario*, si consente – mediante il principio di proporzionalità – al giudice un sindacato molto penetrante sulle dinamiche conflittuali di imprese e sindacati. L'impressione è che si riconosca ampia discrezionalità all'interpretazione della Corte di Giustizia con il rischio di una influenza eccessiva delle sensibilità politiche contingenti.

9. La Corte di Giustizia "creatrice" del diritto e l'invasione di campo in materie riservate. Principio di effettività e diritto processuale dei consumatori.

Quanto si è fin qui detto dimostra che la Corte di Giustizia interviene anche in materie *riservate*, a volte persino *creando* un diritto europeo in quelle materie. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza europea sul *diritto processuale dei consumatori*⁵⁸

⁵⁸ Sentenze: *Oceano* (C-240/98), *Cofidis* (C-473/00), *Mostaza Claro* (C-168/05), *Pannon* (C-243/08), *Aziz* (C-415/11), *Banco Espanol* (C-618/10).

che si è reso necessario proprio per la mancanza di un meccanismo istituzionale di armonizzazione in materia processuale⁵⁹.

Se l'obiettivo è quello di assicurare che i meccanismi processuali nazionali non impediscano la tutela dei diritti che spettano sul piano sostanziale alla disciplina UE, la conseguenza dell'intervento della Corte è che essa, in assenza di un meccanismo di armonizzazione in materia processuale, ha finito con incidere – mediante il ricorso ai principi generali di equivalenza ed effettività – sull'autonomia degli Stati nella scelta degli strumenti processuali idonei a tutelare le situazioni giuridiche soggettive di derivazione europea.

Si è così ridotto il margine di discrezionalità degli Stati membri e l'effettività è divenuto un metodo per "armonizzare surrettiziamente"⁶⁰ la disciplina processuale, in teoria materia di competenza esclusiva degli Stati.

Mediante il ricorso al principio di effettività la Corte ha, cioè, nel tempo, eroso l'autonomia degli Stati nella scelta degli strumenti processuali efficaci per tutelare i diritti di matrice europea, ma soprattutto per assicurare la regolamentazione del mercato in modo efficiente⁶¹.

Un esempio di questo modo di procedere è dato dalla giurisprudenza sulle clausole vessatorie, con particolare riguardo alla qualità di consumatore.

Con il caso *Faber*, la Corte è stata chiamata a verificare se l'acquirente possa essere considerato un consumatore, sebbene egli non abbia agito rivendicando tale qualità. La soluzione è stata nel senso che il giudice debba attivarsi, quantomeno con l'obbligo di domandare chiarimenti, sostituendosi d'ufficio al consumatore per l'esigenza di una tutela di ordine processuale europeo del consumatore che manca ma che si rivela necessaria, secondo il ragionamento della Corte, per dare piena attuazione

⁵⁹ Afferma N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 361 che: "in una prima fase i giudici europei si servono di alcuni principi strutturali della costruzione comunitaria, in particolare del principio degli effetti diretti, per trasformarli in realtà processuale e fare della «vigilanza dei singoli» un efficace strumento per garantire, insieme alla salvaguardia dei diritti individuali, l'effetto utile delle norme del sistema comunitario. In una seconda fase, che inizia con l'apertura dell'ordinamento comunitario ai diritti fondamentali e la individuazione-rilevazione di un diritto-principio generale di effettiva tutela giurisdizionale, la Corte, attraverso un «uso alternativo» della competenza pregiudiziale si apre la strada per intervenire con le proprie elaborazioni sulle discipline processuali dei singoli ordinamenti e per disegnare, essa stessa, il tipo di tutela – ora come forma di tutela o rimedio, ora come tecnica di tutela – che va accordato dai giudici degli Stati membri ai diritti di fonte comunitaria".

⁶⁰ S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *NLCC*, 2014, p. 812.

⁶¹ Ancora, S. PAGLIANTINI, op. cit., p. 806.



alla tutela sostanziale del consumatore imposta dal diritto dell'Unione⁶².

Si osserva che, in assenza di armonizzazione delle norme processuali, “le modalità processuali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, purché, tuttavia, esse non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)”⁶³.

Appare evidente in questo caso sia la valenza del principio di effettività, sia il superamento dei limiti imposti all'UE in materie riservate agli Stati membri. Così, “di fatto, in forza del principio di effettività e nonostante norme giuridiche interne contrarie, la Corte ha imposto al giudice nazionale di applicare d'ufficio talune disposizioni contenute nelle Direttive dell'Unione in materia di tutela dei consumatori”⁶⁴.

L'obiettivo è quello di correggere l'asimmetria di posizione in cui si trova il consumatore, che induce la Corte a intervenire per superare il rischio che il consumatore per debolezza e difetto di informazione non faccia valere i suoi diritti.

Anche il caso *Zambrano* merita di essere richiamato, dal momento che la Corte di Giustizia ha affermato che la normativa nazionale, nella specie spagnola, che non consenta al giudice dell'esecuzione di rilevare *ex officio* l'abusività di una clausola contrattuale in presenza dell'ingiunzione di pagamento non opposta, non è compatibile con il sistema di tutela previsto dalla direttiva sulle clausole abusive⁶⁵.

Come si è rilevato, il principio di effettività ha una funzione compensativa dello squilibrio professionista-consumatore, ma anche suppletiva delle determinazioni del consumatore. Ritiene la Corte che l'inattività del consumatore vada superata se utile e necessario per assicurare la tutela dei diritti e che ciò legittima il superamento della riserva prevista per l'autonomia processuale degli Stati membri⁶⁶.

In questa prospettiva il principio di effettività diviene strumentale, non solo per ancorare l'interpretazione conforme del diritto nazionale a quello europeo, ma anche per imporre al legislatore interno di adeguare la normativa processuale nazionale a quella europea, secondo le scelte interpretative della Corte di Giustizia.

I principi di proporzionalità, effettività, equivalenza, si confermano essere i mattoni dell'integrazione di un ordinamento che, essendo non originario ma derivato, vive delle attribuzioni che gli Stati gli conferiscono o, in assenza, la Corte “conquista”⁶⁷.

10. Principio di effettività e diritto all'informazione e alla trasparenza. Ancora sul ruolo suppletivo della Corte.

A completamento di quanto si è fin qui detto vale la pena di richiamare il tema del diritto all'informazione e alla trasparenza dei consumatori e l'incidenza che il principio di effettività ha su di essi.

Particolarmente significative, ai fini del discorso che si va qui conducendo, sono le pronunce in tema di mutuo contratto in valuta estera.

Due i principali riferimenti giurisprudenziali che meritano di essere richiamati. Il primo è relativo al caso *Árpád Kásler*, in cui si chiarisce che il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile deve essere inteso in modo “estensivo”; nel senso che la clausola in questione, non solo deve essere intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche esporre in maniera trasparente il meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce, nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo⁶⁸. Obiettivo è, infatti, che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze *economiche* che gliene derivano.

Dunque, la vessatorietà della clausola si lega a un difetto di trasparenza che va ben oltre la mancanza di intellegibilità della clausola, ma che si traduce nel rischio di non consapevolezza del pregiudizio economico a cui si espone il consumatore; rischio che la Corte di Giustizia pone a carico del professionista con una rimodulazione evidente dello stesso principio di autonomia privata, anche rispetto alla pur avanzata tutela del consumatore che si era realizzata con la Direttiva 93/13. Si è al riguardo affermato che la Corte ha in tal modo proceduto ad una “*responsabilizzazione* strisciante del professio-

⁶² Corte di Giustizia, 4 giugno 2015, causa C- 497/2013, *Faber*, con commento di F. P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso Faber*, in *NGCC*, 2016, p. 10 ss.

⁶³ Corte di Giustizia, 4 giugno 2015, causa C- 497/2013, cit. p. 7.

⁶⁴ Corte di Giustizia, 4 giugno 2015, causa C- 497/2013, cit., p. 8.

⁶⁵ Corte di Giustizia, 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Zambrano*, con commento di G. PALMA, *Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, in *NGCC*, 2016, p. 1147 ss.

⁶⁶ Sul tema già V. ZENO-ZENCOVICH, C. PAGLIETTI, *Verso un diritto processuale dei consumatori?*, in *NGCC*, 2009, p. 268 ss.

⁶⁷ Cfr. G. TESAURO, *op. cit.*, p. 503.

⁶⁸ Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpád Kásler*.



nista, finalisticamente orientata a mo' di «*enforcement tool*», ad un consumo efficiente⁶⁹».

L'altra decisione, di particolare rilevanza, è quella *Andriciuc*, del 2017.

Il caso era il seguente: i ricorrenti, i cui redditi, in quel periodo, erano in moneta rumena, stipularono con la banca contratti di credito espressi in franchi svizzeri finalizzati al soddisfacimento di esigenze personali. Essi erano tenuti a rimborsare le rate mensili dei crediti nella medesima valuta in cui questi ultimi erano stati contratti, vale a dire in franchi svizzeri, con la conseguenza che il rischio di cambio, in termini di aumento delle rate mensili in caso di calo del tasso di cambio del leu rumeno rispetto al franco svizzero, era previsto interamente a loro carico. Successivamente alla conclusione dei contratti, era intercorsa la svalutazione del leu rumeno rispetto al franco svizzero.

La Corte ha affermato che – poiché la banca era in grado di *prevedere l'evoluzione e le fluttuazioni del tasso di cambio del franco svizzero* – aveva il dovere di *indicare i rischi potenziali nonché la probabilità che si realizzassero*⁷⁰. Qui rileva l'asimmetria delle posizioni delle parti in un senso diverso: nel senso, cioè, che vada ristabilito l'equilibrio tra le parti onde evitare che una parte possa prevedere l'andamento dell'investimento meglio dell'altra.

Come è stato rilevato, la Corte di Giustizia enuclea, senza esplicitarla, l'idea di *probabilità* chiarendo che il giudizio di vessatorietà, pur essendo necessariamente condotto *ex ante*, deve essere però “proiettato” al futuro. Si tratta, cioè, nel caso di specie, di dare vita a un giudizio probabilistico sull'incidenza del parametro finanziario (tasso di cambio) sulla quantità delle prestazioni future.

Si delinea, così, un nuovo ambito di operatività della clausola di trasparenza che porta – in un certo senso – alle estreme conseguenze l'idea dell'adeguatezza dell'informazione imposta dalla Mifid 2, pretendendo che la consapevolezza del consumatore sia tale da condividere con l'intermediario anche il rischio economico e finanziario dell'operazione⁷¹.

La trasparenza va assicurata, in altri termini, anche attraverso il *modo* in cui vengono rappresentati all'investitore-consumatore gli scenari probabilistici, che richiedono elementi grafici chiari e sintesi massima, con l'obiettivo di semplificazione legato all'idea dell'adeguatezza della informazione.

A questo punto, se si volesse approfondire, il tema diventerebbe *anche* altro, portando il discorso sugli aspetti della finanza comportamentale, che

rappresenta certamente una prospettiva importante, di cui non si riesce in questa sede a rendere conto⁷².

Dunque, per tornare al tema che qui interessa, negli ultimi anni, la Corte ha stabilito, innovando il concetto di *trasparenza*⁷³, che il consumatore deve essere in grado di ricavare dalla clausola la stima del rischio finanziario (secondo un giudizio di probabilità) che dipende dall'incidenza sulle rate future del rischio di cambio. La Corte di Giustizia bilancia, in sostanza, i diversi interessi in gioco in chiave funzionale alla tutela della trasparenza del mercato che coincide con l'interesse dei consumatori, innovando il significato di clausole generali e principi consolidati negli ordinamenti interni. Obiettivo reale: la concorrenza. Il diritto interno è inciso dal ruolo forte esercitato dalla Corte che innova il diritto, anche laddove la disciplina appare compiuta.

Di fatto, inoltre, la trasparenza si traduce in tutela della sostanza. Ci sembra di sentire un'eco della storica pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti a metà degli anni Quaranta dello scorso secolo in materia di tutela di acquirenti di “*securities*” o prodotti finanziari, quando basa la propria scelta a tutela dell'ignaro investitore, sul principio “*substance governs, rather than form*”⁷⁴.

11. Conclusioni.

L'esame fin qui condotto ha mostrato come la Corte di Giustizia nella sua attività integrativa-interpretativa del diritto dell'Unione si sforzi di individuare il punto di equilibrio tra: (i) l'obiettivo dell'armonizzazione del diritto tra gli Stati membri, che ben può richiedere *adattamenti*; (ii) l'interesse alla stabilità economica dell'Unione; (iii) le garanzie sulla certezza del diritto; (iv) l'esigenza di non abdicare alla funzione di realizzare la giustizia del caso concreto.

I casi fin qui trattati, pur tra loro molto eterogenei, hanno anche mostrato come, al di là di principi declamatori, la Corte di Giustizia privilegi spesso l'efficienza economica rispetto a valori solidaristici⁷⁵. Il bilanciamento operato dalla Corte è dunque un bilanciamento *sbilanciato*⁷⁶ o, secondo alcuni, asimmetrico, in quanto la vocazione tendenzialmente economica dell'Unione può fare prevalere le li-

⁷² Per tutti v. il bel volume di AA. VV. *Finanza comportamentale*, in AGE, 2012; in particolare U. MORERA – E. MARCHISIO, *Finanza, mercati, finanza e regole... ma soprattutto persone*, ivi, p. 19 ss.

⁷³ La Corte di Giustizia afferma anche che la trasparenza deve essere intesa come comprensione della clausola non solo in chiave lessicale, ma anche di possibile impatto sulla propria sfera economica (sent. *Van Hove*, 23 aprile 2015, C-96/14).

⁷⁴ SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293, 298-299, (1946).

⁷⁵ Per un approfondimento, E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 897.

⁷⁶ Sul punto, F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 91 ss.

⁶⁹ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 814.

⁷⁰ Corte di Giustizia, 20 settembre 2017, C-186/16 *Andriciuc*.

⁷¹ D. MAFFEIS, *In finanza trasparenza è trasparenza del rischio*, in www.dirittobancario.it, 2017, p. 4.





bertà economiche sul resto, nel rispetto del criterio di proporzionalità. L'efficienza economica proposta dalla Corte è, tuttavia, *temperata*, nel senso che essa si piega alla tutela della stabilità dell'Unione quale confine ultimo dell'operato della Corte.

Questa tecnica di bilanciamento è alla base di molte decisioni della Corte, tra cui *Dowling e Kotnik*, in cui l'interesse alla stabilità del sistema bancario dell'Ue prevale sugli altri interessi in gioco alla luce del principio di proporzionalità ed efficienza della misura.

In questa prospettiva potrebbe apparire superato anche il rischio dell'imprevedibilità giuridica: l'obiettivo è la stabilità del sistema finanziario europeo e ciò rappresenta il criterio-guida nell'interpretazione.

Ma quando, dal piano teorico, si passa a quello della soluzione del caso concreto, si è visto come spesso le decisioni difettino sul piano della coerenza dell'argomentazione.

Così, nella casistica fin qui esaminata sui diritti fondamentali è possibile distinguere i casi in cui la salvaguardia del sistema coincide con gli interessi individuali, da quelli in cui invece si registra un contrasto, come, ad esempio, nell'ampia giurisprudenza richiamata sui migranti o in quella, non esaminata in questa sede, del diritto all'oblio⁷⁷. Anche in materia di concorrenza, come si è visto con *OMT e Pringle*, si pongono diversi esempi in cui "la tutela dei singoli viene ad affiancarsi all'esigenza della tutela del diritto dell'Unione europea della concorrenza, dando così origine a situazioni (almeno all'apparenza) conflittuali"⁷⁸.

⁷⁷ Corte Giust., 9 marzo 2017, C-398/15, *CCIAA Lecce*, chiamata a bilanciare la protezione e la libera circolazione dei dati personali in una fattispecie sorta nel nostro ordinamento con riguardo alla pubblicità delle informazioni contenute nei registri gestiti dal sistema camerale, ha ritenuto prevalente, in relazione alla fattispecie concreta, l'interesse alla pubblicità dell'informazione relativa ad un pregresso fallimento di un operatore economico, ancorché concernente una società ormai estinta da tempo, rispetto all'interesse individuale all'"oblio" delle informazioni pregiudizievoli e non più attuali (ovvero – nel caso specifico – alla tutela della propria reputazione a fronte della riabilitazione successiva al fallimento. In linea di principio invece, in altro caso, Corte Giust., 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain* relativa sempre al bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e libertà di circolazione dei dati, ha stabilito che «(...) il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e cioè eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita». Per un approfondimento v. F. BRAVO, *op. cit.*, p. 192 ss.

⁷⁸ Per un esame v. O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, IV, p. 2327.

L'esigenza di evitare che tali incertezze determinino esternalità negative che pregiudicano l'opera della Corte di Giustizia, è necessario trovare strumenti per assicurare altrimenti prevedibilità e certezza.

Scegliere di perseguire l'interesse terzo, sebbene sia legittimo nei limiti stabiliti, non può comportare rinuncia all'interpretazione secondo diritto in nessuna occasione⁷⁹.

Come ha osservato di recente un autorevole studioso: "l'interpretazione giuridica non può che essere sistematica, nel duplice e concorrente senso: quale ricerca-interpretazione delle regole e dei principi presenti nella pluralità delle fonti, nel rispetto della loro gerarchia, ma anche dei principi di competenza e sussidiarietà verticale e orizzontale, e quale valutazione-interpretazione del fatto singolo nei contesti socio-culturali"⁸⁰. Se così non è, la possibilità che le valutazioni del giudice sembrino "prive di briglie" diventa concreta⁸¹.

Anche un giudice peculiare come la Corte di Giustizia non può abdicare a questa funzione, essendo comunque tenuto a ricostruire il sistema normativo per come è, pronunciandosi sul *fatto* e verificando se esso è riconducibile a una regola e ricorrendo ai principi quando ciò si renda necessario, senza procedere all'inverso: evitando, cioè, di risalire *a priori* dalla soluzione prescelta alla regola applicabile. Dice Paolo Grossi che l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la *inventio*, il reperimento⁸².

In questa attività, l'interpretazione avviene secondo diritto e, come ricorda la migliore dottrina, è legata sempre al fatto da valutare⁸³.

Occorre, ancora, ricordare che il dibattito giuridico ha da tempo evidenziato che, in generale, si assiste: "alla tendenziale sostituzione della tradizionale struttura basata sulla sequenza fattispecie-regola e tutela con una normativa in chiave funzionale, che individua l'interesse protetto e il fine di tutela, che in relazione ad esso si deve realizzare, lasciando spesso indeterminati gli elementi costitutivi del fatto

⁷⁹ Per un approfondimento in generale si veda V. VELLUZZI, *Giudizio*, in *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di Ricciardi, Rossetti, Velluzzi, Roma, 2017, p. 253 ss.; spec. p. 267.

⁸⁰ P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 319.

⁸¹ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2014, p. 7.

⁸² P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, p. 831 ss.

⁸³ Va, peraltro, precisato che la Corte di Giustizia rivendica spesso nelle sue decisioni il necessario rigore dell'attività interpretativa, affermando espressamente che il primo criterio interpretativo è quello letterale e che il testo di una disposizione costituisce sempre il punto di partenza e, al contempo, il limite di ogni interpretazione. Così A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisprudenza. Il ritorno del testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 135 s.

cui la disciplina è applicabile e il rimedio che deve o può essere utilizzato a tal fine⁸⁴.

L'*eclissi della fattispecie*⁸⁵ comporta che la struttura logica della norma resti fissata nell'essenziale, cosicché la proposizione normativa ha struttura più semplice dell'ordinario, limitandosi a tutelare un certo valore giuridico incondizionatamente, esprimendo una valutazione in chiave di risultato. Spetta poi all'interprete riempire di contenuto, in relazione al caso concreto, la formula indeterminata del principio o della clausola generale ad esso applicabile⁸⁶.

A fronte della constatazione del diverso modo in cui è costruita la norma si registra una discrezionalità del giudice molto maggiore di quella consentita dalla tradizione e, di conseguenza, ciò impone di individuare nuovi meccanismi di controllabilità e prevedibilità della decisione, essendo evidente che quelli finora utilizzati sono inefficienti nel diverso contesto.

L'impressione, però, è che la risposta al problema risieda, nonostante le differenze evidenziate, ancora, nello stesso sistema normativo: benché il giudice sia orientato, come ormai accade, in base al risultato o al fine che intende perseguire, l'arbitrarietà della sua decisione è esclusa quando l'argomentazione giuridica è corretta⁸⁷.

Fatto, principio e regola applicabile, le parole chiave⁸⁸; prevedibilità, certezza e calcolabilità giuridica gli obiettivi.

Il processo che garantisce la prevedibilità delle decisioni dipende, perciò, oltre che dalla qualificazione del fatto, dalla *corretta individuazione e poi dalla rigorosa applicazione dei principi che il giudice richiama a fondamento delle proprie decisioni, tenendo presente anche la gradazione degli interessi che emerge dal sistema complessivo*. Ciò significa che il giudice assolve al suo compito di concre-

tizzazione della regola se *motiva* la sua decisione valutando la compatibilità tra la specificità del fatto su cui si deve pronunciare⁸⁹ con il principio che ritiene, di volta in volta, applicabile⁹⁰. Muovendo dal fatto concreto, il principio a cui si ricorre deve, dunque, essere enucleabile dal sistema di riferimento e ad esso deve tornare⁹¹, concretizzato nella regola operativa⁹².

Compito del giudice diviene, poi, anche quello di individuare le tecniche di protezione adeguate all'*effettiva* attuazione dell'interesse protetto, scegliendo il rimedio a tal fine più efficiente che egli è autorizzato a selezionare all'interno dell'intero strumentario concettuale del diritto sostanziale, sulla scorta di valutazioni che toccano l'adeguatezza, la proporzionalità e la ragionevolezza del rimedio. Il principio di effettività, dunque, correttamente declinato, non deroga affatto al metodo argomentativo così descritto⁹³.

Se il procedimento interpretativo, nel suo complesso, è rispettato, significa soprattutto che la decisione è controllabile sotto il profilo della sua logicità e coerenza, alla luce delle caratteristiche del fatto

⁸⁹ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, op. cit., p. 15 afferma che: "il giudizio sui fatti è un aspetto importantissimo della decisione perché guida e condiziona il giudizio sulle norme in ordine alla decisione finale, ma è a sua volta largamente «creativo» in quanto l'accertamento del fatto dipende dall'esercizio di importanti poteri discrezionali da parte del giudice".

⁹⁰ Sulla funzione nomogenetica dei principi, F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, op. cit., p. 1054.

⁹¹ F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1045, secondo il quale, anche se la fattispecie non è adeguatamente predefinita, "non si può dire che la tecnica della sussunzione sia realmente inapplicabile: si assiste, più esattamente, ad un differimento del suo impiego, che rimane necessario ma che è appunto preceduto dal compimento di un'opera di concretizzazione affidata all'adeguatezza dell'apparato argomentativo che la sorregge".

⁹² Ancora una volta non si inventa nulla, ma si applica, in via generale, il modello di argomentazione già conosciuto e sperimentato nel nostro ordinamento a partire dal secolo scorso nel dibattito sull'operatività delle clausole generali e dei principi costituzionali. F. ADDIS, op. cit., p. 1019; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *NGCC.*, 2016, II, p. 126.

⁹³ G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi è come*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 196: "diviene chiaro allora che l'essenza giuridica del fatto, distinta dall'efficacia, orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva o del conflitto perché consente di *conoscere* il fatto, nella sua *essenziale manifestazione della diversità e delle differenze*, e di *valutarlo* tramite il principio di effettività rispetto a un ordine descritto negli articoli 2, 24 e 117 Cost., 13 Cedu e 47 Carta di Nizza. Sicché, in caso di violazione della situazione in tal modo protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Se la protezione non è adeguata andrà ricondotta ad uno *standard* costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale. Ed è chiaro che in questi limiti, *il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto* in virtù di norme di sistema che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere". Tutto ciò con un uso corretto delle tecniche interpretative delle norme interne e comunitarie.

⁸⁴ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni. Calcolo giuridico secondo i precedenti*, op. cit., p. 137 ss.

⁸⁵ L'espressione è di G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103.

⁸⁶ Ancora, M. NUZZO, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo tra le Corti*, in *Principi e clausole generali tra fonti del diritto e tecniche dell'argomentazione*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, in corso di pubblicazione.

⁸⁷ V. VELLUZZI, op. cit., p. 267, "(...) il giudice, pur compiendo delle scelte è tenuto a giustificarle: egli deve fornire ragioni a sostegno del suo operato argomentando in maniera plausibile "secondo diritto". La discrezionalità è, nell'attività giudiziale, presente e ineliminabile; ciò impone la vigilanza, il controllo sul decisore e sulla decisione, ma la discrezionalità non va confusa con l'arbitrio, poiché chi decide discrezionalmente ricerca «a *satisfactory compromise between different values* (Hart) ed è tenuto a darne adeguatamente conto».

⁸⁸ Sulla qualificazione del fatto come *prius* rispetto all'interpretazione, P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, op. cit., p. 317 ss. Sul tema M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, op. cit., p. 21 s. Si veda anche F. ADDIS, op. cit., p. 1050 ss.

che le viene sottoposto e, in questo modo, la sentenza può anche costituire un precedente valido⁹⁴. L'alternativa al vincolo della fattispecie in questa prospettiva diviene perciò, secondo alcuni, il vincolo del *precedente* che soddisfa, quantomeno, un grado minimo di certezza e di calcolabilità delle decisioni, senza però limitare la flessibilità del giudizio in termini di effettività⁹⁵.

Se questo è il quadro che caratterizza questo momento storico e che segna il riparto di competenze tra legislatore e giudice, la certezza e la prevedibilità sembrano, alla luce di queste considerazioni, poter essere salvaguardate.

La Corte di Giustizia mostra, al di là delle critiche fin qui svolte, in moltissime decisioni come si fa a procedere in tal senso: muovendo dal fatto, selezionando il principio e riportandolo a sistema tradotto in una regola operativa. E' il caso, esaminato con le sentenze *Faber* e *Zambrano*, del principio di effettività applicato alla tutela dei consumatori, come quando la Corte riempie di contenuto la norma sulle clausole abusive assicurando la tutela giurisdizionale anche al di là della previsione normativa, ricorrendo al principio di equivalenza e a quello di effettività; o come quando in *Andriucic* e *Kasler*, statuisce il significato che assume la formula "chiarezza e comprensibilità della clausola" sempre alla luce del principio di effettività.

Resta da stabilire, ma qui ci si limita ad una battuta finale, quali siano le ricadute del *modus operandi* della Corte di Giustizia sul diritto interno.

I giudici domestici si uniformano alle scelte del giudice europeo importando principi e, per l'effetto, talvolta derogano ai principi di diritto interno (con il problema dei contro-limiti) oppure trasformano e reinterpretano il significato delle clausole generali (pensiamo alla trasparenza nei contratti con i consumatori). Tuttavia, nel procedere, essi devono ricordare che ormai il vero limite del giudice si trova proprio in uno *stare decisis*, sebbene *attenuato* (rispetto a quanto accade nel sistema di *Common Law*) che obbliga l'istanza inferiore a conformarsi al precedente superiore oppure a riaprire il discorso intorno ad esso con argomenti nuovi⁹⁶. Come è stato affermato, "la nomofilachia è l'antidoto più forte all'incertezza e alla fluidità dell'esperienza giuridica postmoderna"⁹⁷.

Il rispetto di questo paletto del vincolo del precedente che agisce attraverso il prisma del principio fissato dalle giurisdizioni superiori è essenziale alla luce della necessità del dialogo fra le Corti superio-

ri, nazionali e sovranazionali. Diversamente, ragionare per finalità e principi in modo eccessivamente discrezionale renderebbe l'attività del giudice molto rischiosa, con la possibilità, talvolta, di fare apparire la Corte di Giustizia uno Statista e i giudici domestici (specie se di merito) dei Politicanti.

⁹⁴ M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 28 ss.; M. NUZZO, *op. cit.*, p. 145 ss.

⁹⁵ Ancora, M. NUZZO, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁶ G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 172.

⁹⁷ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 367. In questo senso, si rivela essenziale, a garanzia del sistema, la funzione nomofilattica esercitata dalla Cassazione a Sezioni Unite.

ACCORDI IN FUNZIONE DEL DIVORZIO TRA AUTONOMIA E LIMITI

Di Antonio Gorgoni

| 236

SOMMARIO: 1. *Gli accordi della crisi coniugale dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni unite sull'assegno di divorzio.* - 2. *Gli accordi definitivi nell'evoluzione dell'ordinamento.* - 3. *Compatibilità del quadro normativo con la validità degli accordi divorzili* - 4. *Doppia funzione dell'assegno di divorzio secondo la Cassazione a Sezioni unite e autonomia dei coniugi.* - 5. *La nullità acritica nella recente giurisprudenza sugli accordi in previsione del divorzio.* - 6. *Artifici giurisprudenziali e meritevolezza della regolazione, anche prematrimoniale, degli effetti economici della crisi coniugale.* - 7. *Equità dell'accordo definitivo sugli effetti economici.* - 8. *Rilevanza della contribuzione personale anche dal confronto con altri ordinamenti* - 9. *Accordo in previsione del divorzio e accordo prematrimoniale: tra validità ed esigenze di riforma.*

ABSTRACT. *La sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 18287/2018 sull'assegno di divorzio sollecita la riflessione sulla validità, quasi sempre esclusa dalla giurisprudenza, degli accordi prematrimoniali e di quelli conclusi a seguito della crisi coniugale e in previsione del divorzio. Si afferma nella pronuncia che i diritti rilevanti in materia hanno una «natura prevalentemente disponibile» e si argomenta, in chiave costituzionale, la doppia funzione dell'assegno divorzile. Una funzione non più esclusivamente assistenziale, ma anche perequativo-compensativa. Queste due novità, se correlate allo spazio che la disciplina legislativa riconosce all'autonomia contrattuale dei coniugi (e dei nubendi), inducono a sostenere la validità e l'efficacia sia degli accordi in vista del divorzio che di quelli prematrimoniali. Ciò senza far arretrare la tutela che l'ordinamento ha riservato al coniuge economicamente più debole.*

The sentence of the Cassation to joint sections n. 18287/2018 on the divorce allowance solicits the reflection on the validity, almost always excluded from the jurisprudence, of premarital agreements and those concluded following the conjugal crisis and in anticipation of divorce. It is stated in the ruling that the relevant rights in the matter have a "prevalently available nature" and, in a constitutional key, the double function of the divorce allowance is argued. A function that is no longer exclusively assistance, but also equalization-compensatory. These two novelties, if related to the space that the legislative discipline recognizes the contractual autonomy of spouses (and nubendi), induce to support the validity and effectiveness of both the agreements in view of divorce and premarital ones. This without backing the protection that the legal system has reserved for the economically weaker spouse.



1. Gli accordi della crisi coniugale dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni unite sull'assegno di divorzio.

Due affermazioni contenute nella sentenza della Cassazione a Sezioni unite, intervenuta di recente sull'assegno di divorzio¹, inducono a ripensare il tema degli accordi divorzili², sia prematrimoniali che conclusi a seguito della crisi coniugale, volti a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi.

La prima è lapidaria ma significativa: a proposito dei poteri istruttori officiosi del giudice nel procedimento di divorzio, le Sezioni unite sottolineano quasi una contraddizione tra tali poteri e «la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco». La seconda, supportata da un'ampia motivazione, consiste nella duplicità della funzione dell'assegno di divorzio: una funzione che non è più, quindi, esclusivamente assistenziale, ma anche e soprattutto perequativo-compensativa.

Sembra esserci un collegamento logico tra queste due asserzioni: l'ampliamento della funzione dell'assegno oltre la mera assistenza induce la Suprema Corte ad affermare la natura «prevalentemente disponibile» dei diritti rilevanti nello scioglimento del matrimonio. Se questo è vero, però, si pecherebbe di superficialità concludendo sbrigativamente che le Sezioni unite avrebbero legittimato indirettamente gli accordi in previsione del divorzio e finanche i patti prematrimoniali. Vi sarebbe un salto logico, non fosse altro perché le Sezioni unite si sono espresse in termini di prevalente e non già di assoluta disponibilità dei diritti.

Vero è che, al netto di fughe in avanti, un'ulteriore riflessione sul tema degli accordi collegati alla crisi coniugale si impone: prematrimoniali, a latere o in vista del divorzio. Basti ricordare che

uno degli argomenti a sostegno della nullità della maggior parte di essi è stato tratto dalla natura esclusivamente assistenziale dell'assegno di divorzio³. Ma è proprio quest'assunto ad essere stato superato dalle Sezioni unite della Cassazione. Da qui l'esigenza di verificare se e in quali limiti gli accordi originati dalla crisi - sui quali ci si soffermerà maggiormente - o i patti prematrimoniali siano validi ed efficaci.

Le Sezioni unite, nel superare il contrasto giurisprudenziale⁴ e dottrinale⁵ sulla funzione

³ *Ex multis*: Cass., 18.2.2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 ss.; Cass., 10.3.2006, n. 5302, in *Banca dati Leggi d'Italia*. Più di recente cfr.: Cass., 30.1.2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 955 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi preventivi tra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*, Cass., ord. 20.2.2018, n. 4764, in www.cassazione.net.

⁴ Com'è noto il contrasto si è determinato per effetto di un'innovativa sentenza della Cassazione del 10.5.2017, n. 11504, in *Giur. it.*, 2017, 6, 1299 ss., con nota di A. DI MAJO, *Divorzio. Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1795 ss., con nota di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Corr. giur.*, 2017, 7, 885, con nota di E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Fam. e dir.*, 2017, 6, 636 ss., con nota di F. DANNOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, e ivi con nota di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 1001 ss., con commento di U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'autosufficienza economica*. Secondo questa sentenza, l'inadeguatezza dei mezzi di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 deve essere rapportata non più all'impossibilità di godere di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, ma alla non autosufficienza economica. Tale ultima condizione assurge a presupposto dell'assegno di divorzio (l'an), la cui quantificazione (il quantum) dipende dall'applicazione degli indicatori di cui al medesimo art. 5, co. 6. In sostanza, secondo la pronuncia *de qua*, chi risultava economicamente autosufficiente non aveva diritto all'assegno; chi non lo era ne aveva diritto nella misura che sarebbe dipesa dall'applicazione degli indicatori di cui all'art. 5, co. 6, cit. La Suprema Corte confermava, quindi, la costruzione bifasica dell'assegno di divorzio, innovando radicalmente in punto di *an* dell'assegno. Ciò in aperto contrasto con l'orientamento quasi trentennale inaugurato da Cass. Sez. un. 29.11.1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67 ss., con nota di E. Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 1991, 3, 305 ss., con nota di A. Ceccherini, *Le Sezioni Unite ritornano sul «tenore di vita» del coniuge divorziato*, e costantemente seguito sino al 2017. Alcune pronunce di merito hanno preso le distanze da tale *revirement*: Trib. Roma, sez. I civ., 21.7.2017, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 7.3.2018, n. 4858, in www.cassazione.net.; Trib. Udine, 1.6.2017, in *Fam. e dir.*, 2018, 3, 272 ss., con nota di B. M. COLANGELO, *Assegno divorzile: la vexata quaestio del rilievo da attribuire al tenore di vita matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, 215 ss., con

¹ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1843 ss., con nota di C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, in *Corr. giur.*, 2018, 10, 1186 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2018, I, 2699 ss., con nota di G. CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»* e ivi 2703 ss., con nota di M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, in *Fam. e dir.*, 2018, 11, 983 ss con nota di M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*

² A. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e dir.*, 2018, 11, 1031 ss. e C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, cit., 11 (versione in *Banca dati Leggi d'Italia*, Id., *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2018, 11, 1041 ss., colgono le potenzialità del *decisum* sull'evoluzione dell'ordinamento con riguardo ai patti prematrimoniali e agli accordi, anche in funzione transattiva, conclusi in sede di separazione consensuale.

dell'assegno di divorzio, attraverso un'interpretazione unitaria dell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, hanno attribuito un particolare rilievo agli accordi sull'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.). Questi ultimi, nella valutazione delle parti, si giustificano e governano la vita matrimoniale, laddove, invece, nella crisi coniugale, possono pale-
sare conseguenze negative sulla condizione economico-patrimoniale di uno dei coniugi. Ed è in questa ipotesi che viene in rilievo l'ulteriore funzione dell'assegno di divorzio, che consiste non già nel riequilibrare le fortune economiche degli ex coniugi, ma piuttosto nell'attribuire un valore monetario agli «sforzi e alle rinunce» che hanno connotato la vita matrimoniale del richiedente l'assegno⁶.

La necessità che il giudice, nel decidere sull'attribuzione dell'assegno, consideri gli effetti negativi degli accordi di indirizzo discende - secondo le Sezioni unite - dal principio costituzionale dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.). L'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, proprio in attuazione di tale principio, impone al giudice di tener conto del «contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno». Tener conto, come si diceva, non già solo eventualmente in sede di quantificazione, ma di attribuzione dell'assegno (ed è questa la novità principale accolta dalle Sezioni unite).

A questo punto, la domanda da porsi è la seguente: attesa la doppia funzione dell'assegno, può il coniuge economicamente più debole in occasione della separazione consensuale - nel relativo procedimento o *a latere* di essa - accordarsi sull'attribuzione di una somma di denaro o di altri beni o diritti quale corrispettivo per aver contribuito alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio dell'altro a detrimento del proprio? Anco-

nota di U. ROMA, *Prmissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non solo*. Sarà questa la tesi accolta dalle Sezioni unite n. 18287/2918, ci.).

⁵ G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Milano, 2016, III, 2887, ritengono che riferire il sintagma mezzi adeguati non già al tenore di vita matrimoniale ma a un modello di vita autonomo e dignitoso sia perfettamente rispondente «alla lettera e allo spirito» della riforma attuata con la legge n. 74/1987. In tal senso si era già espressa Cass., 2.3.1990, n. 1652, in *Dir. fam.*, 1990, 437 ss., con note di G. NAPPI, *Assegno divorzile e principio di solidarietà post coniugale*, e di F. DALL'ONGARO, *L'art. 10 della legge 75/1987 ed il dissidio sul concetto dei mezzi adeguati*. Per una sintesi del dibattito cfr. E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoreponsabilità*, in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 537 ss. e ID., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007.

⁶ S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*, cit., 6 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

ra: se tale accordo è valido, quale rilevanza ha in sede di divorzio?

Si cercherà di dimostrare come un tale accordo, nonostante l'orientamento giurisprudenziale prevalentemente contrario, sia valido anche se funzionale a regolare gli effetti economici del divorzio. Ma ciò non postula affatto un'assoluta libertà negoziale, non potendosi, ad esempio, rinunciare all'assegno di divorzio⁷.

L'evoluzione dell'ordinamento, tuttavia, si è mossa verso un riconoscimento sempre più ampio dell'autonomia contrattuale dei coniugi. Su ciò merita soffermarsi.

2. Gli accordi definitivi nell'evoluzione dell'ordinamento.

Com'è noto vi è una sola disposizione che consente ai coniugi, d'accordo tra loro, di regolare definitivamente i loro rapporti economici. È quella contenuta nell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 sulla corresponsione in unica soluzione di una somma di denaro (o di un trasferimento/constituzione di un diritto reale), il cui effetto è di impedire, inderogabilmente⁸, ogni successiva domanda di contenuto economico. Quest'effetto è subordinato al controllo giudiziale di equità del contratto.

La disposizione *de qua* è inserita in materia di scioglimento del matrimonio e non di separazione consensuale. Probabilmente questa collocazione ha favorito alcuni esiti interpretativi che hanno prestato il fianco a penetranti critiche dottrinali⁹. È stata so-

⁷ G. FERRANDO, *La separazione personale*, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di G. Ferrando e L. Lenti, Milano, 2011, 59 ss., pur riconoscendo gli ampi spazi riservati all'accordo nella crisi matrimoniale, non si lascia giustamente convincere dall'idea del dominio dell'autonomia negoziale. Un'autonomia deve fare i conti con l'art. 160 c.c., con la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* e con l'irrinunciabilità dell'assegno di separazione e di divorzio. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 4, 812 ss. (versione in *Banca dati Leggi d'Italia*), afferma che l'ampliamento della libertà dei coniugi «ha riguardato, sino ad oggi, soprattutto la decisione in merito allo scioglimento del vincolo e alle procedure di scioglimento dello stesso, piuttosto che quelle relative alle concrete pattuizioni oggetto del contenuto degli accordi, anche quelle di natura economica, ancora ampiamente soggette agli originali vincoli normativi».

⁸ G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 2977, sottolineano come l'effetto preclusivo dell'accordo sull'*una tantum* sia insuscettibile di patto contrario e riguardi ogni possibile domanda di contenuto economico, anche di natura alimentare, poiché, in forza dell'accordo stesso, si scioglie il vincolo di solidarietà economica.

⁹ Più di recente: E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 303 ss.; C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. Fam. e pers.*, 2016, 665 ss.; R.



prattutto la giurisprudenza a ritenere fermamente che: gli accordi raggiunti in sede di separazione consensuale sono sempre modificabili in sede di divorzio (art. 156, ult. co. c.c.); essi sono nulli se conclusi in previsione del divorzio e, *a fortiori*, i patti prematrimoniali sono, in quanto tali, cioè in ragione della loro causa, affetti da nullità.

Questa sicurezza in ordine alla nullità non trova riscontro in una espressa disposizione di legge. Per la verità, la mancanza di disposizioni specifiche sugli accordi tra coniugi in crisi costituisce un limite della disciplina. Un limite tanto più grave se si considera che, spesso, le parti hanno interesse a regolare definitivamente i rapporti patrimoniali. Ciò può dipendere dalla decisione già maturata - comune o assunta da uno soltanto - di sciogliere il matrimonio e dall'intento di eliminare ogni contatto con l'altro, finanche quello caratterizzato dal rapporto di debito/credito, oppure dal desiderio di vivere un altro legame di tipo familiare, avendo la completa disponibilità dei propri redditi.

In questi casi i coniugi, dovendo prima conseguire lo *status* di separati, trovano un ostacolo nella giurisprudenza della Cassazione secondo cui, nella fase della separazione, non è consentito regolare conclusivamente gli aspetti patrimoniali. L'accordo perfezionato a tal fine, essendo in funzione del divorzio, sarebbe nullo per illiceità della causa¹⁰.

Questa posizione di chiusura non è consonante né con le disposizioni del codice civile¹¹, di cui si tratterà nel paragrafo successivo, né con la più recente evoluzione dell'ordinamento giuridico, alla quale è necessario accennare per cogliere qualche iniziale indicazione di carattere generale¹².

La legge n. 76/2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) ha sostanzialmente rafforzato il diritto fondamentale di vivere un legame di tipo familiare, formalizzato in un istituto diverso dal ma-

trimonio¹³. Anche il convivente di fatto acquista diritti patrimoniali e non patrimoniali (art. 1, coo. 36, 42, 44, 46, 65 l. n. 76/2016). Perciò, un'interpretazione della normativa sulla crisi coniugale in senso marcatamente restrittivo dell'autonomia negoziale finisce per scontrarsi con l'effettività del diritto di costituire un'altra famiglia¹⁴ o, secondo la terminologia più cara al nostro legislatore, una nuova formazione sociale.

Ancora: la legge n. 55/2015 (*Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*) ha ridotto la durata della separazione necessaria per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il tempo della permanenza dello *status* di coniuge separato è stato diminuito da tre anni a dodici mesi in caso di separazione giudiziale o a sei mesi se la separazione è consensuale o perfezionata tramite il procedimento di negoziazione assistita. La prossimità tra separazione e divorzio rende irrazionale una nullità dell'accordo concluso in sede o *a latere* della separazione per disciplinare anche gli effetti del divorzio¹⁵.

¹³ Cass., 19.5.2017, n. 11504, cit., tra gli argomenti adoperati per stabilire un nuovo criterio di riferimento dell'*an* dell'assegno di divorzio, utilizza anche quello della tutela del diritto fondamentale dell'individuo di costituire una nuova famiglia successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare. Può essere richiamata anche Cass., 3.4.2015, n. 6855, in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 553 ss., con nota di G. FERRANDO, «*Famiglia di fatto*» e *assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2078 ss., con nota di D. BUZZELLI, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno*, che estende l'art. 5, co. 10, l. n. 898/1970 sulla cessazione dell'obbligo di corrispondere l'assegno di divorzio all'ipotesi in cui l'ex coniuge creditore dell'assegno, invece di passare a nuove nozze, come prescrive l'articolo *de quo*, abbia dato vita ad una vera e propria famiglia di fatto. La quale può ritenersi esistente - soggiunge la Suprema Corte - quando la convivenza abbia assunto «i connotati di stabilità e continuità, e i conviventi [abbiano elaborato] un progetto e un modello di vita comune (analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio)». Dunque, chi esercita il proprio diritto di formare una nuova famiglia, sia pur di fatto, non può continuare a pretendere l'assegno di divorzio dall'ex coniuge debitore, giacché, per effetto di tale nuova formazione sociale, «si rescinde ogni connessione con il tenore ed il modello di vita goduto durante la convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile». Cfr. anche Cass., 19.3.2014, n. 6289, in *Fam. e dir.*, 2015, 5, 470 ss., con nota di D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, sulla rimodulazione dell'assegno di divorzio in considerazione del nuovo matrimonio del soggetto debitore dello stesso. Insomma, la regolazione giuridica degli effetti economici del divorzio deve tener conto che un'ultrattività del matrimonio, sotto il profilo economico, rischia di confliggere con la tutela del diritto fondamentale a costituire una nuova famiglia.

¹⁴ Secondo G. VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Persona e mercato*, 2018, 2, 150, «l'effettività non rende giuridico un fatto che non lo è, ma assicura ad un interesse rilevante la massima tutela». Cfr. *amplius* ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, voce, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, 2017, 381 ss.

¹⁵ R. MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, cit., 226-227, trae dalla disciplina del c.d.

MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, in *Biblioteca della Fondazione del not.*, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini e M. Palazzo, 2018, 1, 209 ss e ivi M. PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, 255 ss.,

¹⁰ *Da ultimo* Cass., ord. 20.2.2018, n. 4764, cit.,

¹¹ E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio. Profili patrimoniali*, Napoli, I, 1987, 43 ss.

¹² Cfr.: P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 845 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti* in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, 1447 ss.; G. VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, 1, 4 ss.; F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, 1572 ss.; A. TRINCHI, *Negoziazione assistita per la separazione o il divorzio. Tutela dei figli minori e poteri del Presidente*, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, 267 ss.; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale: antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, 575 ss.;



Significativa è anche la disposizione che, rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato¹⁶, ha anticipato lo scioglimento della comunione legale tra i coniugi al momento dell'autorizzazione presidenziale a vivere separati (art. 2 l. n. 55/2015).

In questo quadro va richiamata anche la normativa sulla negoziazione assistita, che consente ai coniugi, finanche con figli minorenni, di addivenire alla separazione o al divorzio mediante un procedimento extragiudiziale, incentrato su un accordo che sia conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico (artt. 5 e 6 d.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014). In sostanza è stata introdotta una «forma di autonomia privata assistita» da un avvocato per parte, attraverso la quale i coniugi possano regolare i profili patrimoniali della separazione, anche unitariamente e in previsione di quelli del divorzio. Si noti che il consenso alla negoziazione assistita potrebbe intervenire anche dopo aver raggiunto l'intesa sugli effetti economici della separazione o del divorzio. Ciò non implica affatto commercio di *status*; piuttosto i coniugi, nel condizionare la separazione o il divorzio consensuale all'intesa sui profili economici, in un certo senso dispongono validamente del loro *status*¹⁷.

Gli elementi appena indicati della brevità della separazione, dello scioglimento anticipato della comunione legale e della centralità dell'accordo modificativo/estintivo dello *status* di coniuge raggiunto nel procedimento di negoziazione assistita, dovrebbero indurre la giurisprudenza ad aprire alla validità degli accordi, anche prematrimoniali, in funzione

«divorzio breve» uno degli indici della rilevanza delle «pattuzioni e attribuzioni avvenute in occasione e in dipendenza della separazione». Il giudice del divorzio non può considerarle indifferenti perché nulle.

¹⁶ *Ex multis* cfr. Cass., 12.1.2012, n. 324, in *Leggi d'Italia on line*, secondo cui la comunione legale si scioglie, con effetto *ex nunc*, dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione o dall'omologa degli accordi di separazione consensuale.

¹⁷ C. RIMINI *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 5 (versione in Banca dati-Leggi d'Italia on line), rileva come le norme introdotte dalla legge sulla negoziazione assistita familiare «sembr[ino] svuotare dall'interno la tesi che afferma la nullità dei patti in vista del divorzio sulla base dell'argomento per cui essi si risolverebbero in un patto dispositivo dello *status*». Se la legge, continua l'Autore, ha ammesso che il divorzio «avvenga per effetto di un patto fra coniugi e senza l'intervento del giudice, espressamente [essa] riconosce la validità di un patto sullo *status*», salvo naturalmente per quanto attiene alle condizioni legali del divorzio (ad es.: la durata minima della separazione). R. MONTINARO, *op. cit.*, 225-226, rileva acutamente come la legge n. 162/2014 abbia fatto cadere «l'argomento della indisponibilità preventiva al di fuori del procedimento di divorzio, sostenuto da una parte della dottrina favorevole alla tesi della nullità degli accordi preventivi». L'Autrice afferma esattamente l'irrelevanza del momento in cui l'accordo è concluso (p. 227). L'incidenza della negoziazione assistita sul tema della validità degli accordi della crisi coniugale è messa ben in rilievo da E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit. 325 ss.

del divorzio. Altrimenti non può che apparire contraddittorio in una logica di sistema, da un lato, agevolare la separazione e lo scioglimento del matrimonio in un contesto sociale connotato da una pluralità dei modelli familiari, dall'altro, costruire artificiose nullità degli accordi conclusi proprio per facilitare la separazione e il divorzio.

Appare dunque incoerente, già sulla base di queste prime considerazioni, la nullità degli accordi in parola. Oltretutto, le disposizioni che andremo ad esaminare non escludono affatto l'autonomia dei coniugi con riguardo agli effetti economici del divorzio. Non solo: se il perno della pronuncia delle Sezioni unite del 2018 è la rilevanza delle scelte effettuate in attuazione dei doveri coniugali di cui all'art. 143 c.c. (ciò che ha indotto a ritenere più complessa la funzione dell'assegno), *a fortiori* dovrebbe riconoscersi ampio spazio all'autonomia negoziale dei coniugi, anche in previsione del divorzio. Sono proprio questi ultimi i soggetti maggiormente in grado di attribuire un valore monetario al ruolo assunto e al contributo offerto alla vita familiare da chi dei due si sia ritrovato in difficoltà economica al momento dello scioglimento del matrimonio.

3. Compatibilità del quadro normativo con la validità degli accordi divorzili.

Le disposizioni del codice civile e quelle sull'assegno di divorzio non escludono, né *expressis verbis* né implicitamente, che i coniugi possano accordarsi in previsione dello scioglimento del matrimonio. L'art. 160 c.c. non smentisce quest'affermazione.

Tale articolo, sebbene afferisca alla sez. I del capo VI del titolo VI del libro I del codice civile, ha un ambito applicativo più esteso del regime patrimoniale della famiglia. Secondo la dottrina maggioritaria¹⁸ e la giurisprudenza unanime¹⁹ esso, nel prescrivere l'inderogabilità dei diritti e dei doveri matrimoniali, si riferisce anche agli effetti economici della separazione e del divorzio. Ne consegue, quale corollario dell'inderogabilità, l'irrinunciabilità del

¹⁸ A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali, artt. 159-166 bis*, in *Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2004, 342 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996; T. V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, 166 ss.; *Contra* G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 491 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 5, 498.

¹⁹ *Ex multis*: Cass., 4.6.1992, n. 6857, in *Corr. giur.* 1992, 863 ss., con nota di CARBONE; Cass., 30.1.2017, n. 2224, cit.





diritto all'assegno di mantenimento e all'assegno post-matrimoniale.

Ma l'irrinunciabilità non palesa indisponibilità assoluta del diritto, ponendo piuttosto un limite all'autonomia privata. L'ordinamento della crisi coniugale è caratterizzato dal contemperamento tra l'autonomia negoziale e l'esigenza di protezione del coniuge economicamente più debole. E qui il discorso diventa delicato e complesso, in ragione anche dei nuovi spunti che ha offerto la pronuncia delle Sezioni unite del 2018 sull'assegno di divorzio. Se quest'ultimo ha una funzione oltre che assistenziale anche compensativa, si potrebbe pensare a una rinunciabilità di tale ultima componente dell'assegno, sebbene la funzione compensativa abbia fondamento nel principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Il coniuge più debole potrebbe rinunciare validamente non all'assegno *tout court*, ma esclusivamente a ricevere un corrispettivo del contributo da egli prestato alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge²⁰.

Certamente invalida sarebbe, invece, una rinuncia alla componente assistenziale-alimentare dell'assegno di divorzio, essendo quest'ultima attuativa del principio di solidarietà post-coniugale.

Ma a parte queste considerazioni da approfondire, preme sottolineare un punto fermo che influenza l'efficacia degli accordi: la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* di ogni pattuizione o statuizione giudiziale relativa agli effetti economici della separazione o del divorzio (art. 156, ult. co., c.c., e art. 9, co. 1, l. n. 898/1970). Un'eventuale rinuncia all'assegno varrebbe, semmai, come dichiarazione di autosufficienza economica, che di per sé non preclude una futura reviviscenza del diritto all'assegno nei limiti del sopravvenuto giustificato motivo. Efficacia sì "precaria", ma pur sempre originata dalla volontà delle parti, libere di determinare il contenuto dei loro accordi economici.

Un'altra regola svela più di altre la disponibilità relativa dell'assegno post-matrimoniale; una disponibilità che si traduce nel comporre uno spazio riservato all'autonomia patrimoniale dei coniugi²¹. È

quella, già ricordata, contenuta nell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970, che subordina l'effetto preclusivo di successive domande di contenuto economico al giudizio positivo di equità della corresponsione in unica soluzione. Un giudizio espresso dal tribunale attraverso un controllo di merito²², i cui parametri di riferimento non sono stati esplicitati dalla medesima disposizione; ma su quest'ultimo punto si tornerà nel prosieguo.

Il giudizio di equità si atteggia, secondo una tesi già sviluppata altrove²³, quale *condicio juris* non già di validità né di efficacia del patto, ma dell'eliminazione dell'efficacia *rebus sic stantibus* di esso. La mancanza della valutazione giudiziale o una valutazione di iniquità non rende l'accordo nullo né inefficace e perciò non vincolante; semplicemente consente al coniuge più debole, titolare del diritto all'assegno, di chiedere un'integrazione di quanto pattuito.

L'impianto normativo, insomma, indica che i coniugi sono liberi di determinare il contenuto dei loro accordi economici, i quali assumono il carattere della definitività soltanto se valutati equi dal giudice. Se questo è vero, si deve mettere in discussione la tesi della nullità degli accordi in previsione del divorzio: sia di quelli conclusi *a latere* della (o nella) separazione personale e destinati a regolare gli effetti economici del divorzio, sia degli accordi prematrimoniali.

Il legislatore non ha strutturato l'accordo economico divorzile quale atto complesso, la cui validità o efficacia dipenda dall'intervento congiunto dei coniugi e del giudice²⁴. Egli ha protetto colui il quale non possa mantenersi perché privo di «adeguati

Enc. dir., 1989, 1398-1399; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 58 ss.

²² G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 2969, rilevano come la corresponsione in un'unica soluzione «non mut[is] la causa del diritto all'assegno post-matrimoniale, che rimane la solidarietà post-coniugale, e neppure il suo titolo, che è pur sempre la legge». Quindi il giudice dovrà valutare se quanto previsto dai coniugi sia idoneo a soddisfare quell'esigenza.

²³ A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 145 ss. La tesi sostenuta in questa monografia è condivisa da C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio (...)*, cit., 5. Il controllo di equità - preme qui ribadirlo - rappresenta un principio generale che presidia l'autonomia privata tra i coniugi in crisi. È vero che tale controllo entra in gioco soltanto quando si intenda stabilizzare gli effetti dell'accordo tra i coniugi in crisi, ma è anche vero che è proprio la previsione di un tale controllo a limitare l'autonomia negoziale. *Contra* G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 2967, i quali ritengono, invece, che il giudizio di equità sia un «requisito necessario, in assenza del quale, l'accordo, raggiunto dai coniugi, non è vincolante, e deve reputarsi privo di effetto».

²⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1951, rist. Napoli, 2002, 301; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002, 211- 212; F. MESSINEO, voce *Convenzione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1962, 510 ss.

²⁰ C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 4 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*), sottolinea come l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale consenta di attribuire «all'art. 160 c.c. il valore non di un dogma assoluto ma di un principio flessibile in grado di contemperare l'autonomia negoziale in ambito familiare con le conseguenze connesse alla particolare natura composita dei diritti di cui si tratta».

²¹ G. FERRANDO, *La separazione personale*, cit., 60; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 281- 420; *Id.*, *Gli «effetti inderogabili» del matrimonio. (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 569 ss.; C. M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 228-229; M. MANTOVANI, voce *Separazione personale*, in *Enc. giur.*, 1996, 19; F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale*, in

redditi propri» (art. 156, co. 1, c.c.) o per mancanza di «mezzi adeguati» (art. 5, co. 6, l. n. 898/1970), attraverso due regole collegate: l'efficacia *rebus sic stantibus* dei provvedimenti giudiziali e degli accordi sugli assegni matrimoniali e il giudizio di equità.

Non vi sono, dunque, ostacoli normativi ad ammettere la validità dell'accordo concluso durante la separazione personale con lo scopo di regolare gli effetti non soltanto di tale istituto, ma anche del futuro divorzio. Di tale accordo, sebbene non sottoposto al giudizio di equità - del resto non previsto nel procedimento di separazione - non può essere predicata la nullità né l'inefficacia; esso, piuttosto, non produrrà l'effetto estintivo dell'efficacia *rebus sic stantibus*, che caratterizza ogni accordo della crisi coniugale.²⁵

L'accordo perfezionato fin dalla separazione potrà essere assoggettato al giudizio di equità successivamente, in sede di divorzio²⁶. Non solo: il giudice del divorzio, richiesto di valutare i presupposti del diritto all'assegno, dovrà tener conto degli accordi conclusi in sede di separazione, soprattutto quando i coniugi abbiano esplicitato in essi la comune intenzione di riequilibrare le loro posizioni economico-patrimoniali²⁷. Ciò è tanto più vero alla luce della nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio, in base alla quale il giudice dovrà considerare anche gli effetti positivi dello scioglimento della comunione legale²⁸.

Se le Sezioni Unite del 2018 hanno sottratto all'orientamento della nullità l'argomento della funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno di divorzio, a tale impostazione rimale l'asserzione, fragilissima, della causa illecita. Si sostiene, con un'incongrua generalizzazione, che l'accordo in

²⁵ Questa tesi consentirebbe di avvalersi della liquidazione *una tantum* anche nel procedimento di negoziazione assistita di cui all'art. 6 del d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014, demandando a un successivo intervento del giudice la valutazione di equità. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio (...)*, cit., 3 ss., approfondisce questo tema, ricordando tra l'altro che nella procedura davanti al sindaco, disciplinata dall'art. 12 d.l. 132/2014 conv. in l. 162/2014, sono inammissibili i patti produttivi di effetti traslativi di diritti reali. È consentito, invece, per effetto della Circolare ministeriale n. 6/2015, confermata da una pronuncia del Consiglio di Stato, accordarsi sulla misura dell'assegno di separazione o di divorzio.

²⁶ C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 7 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*), ammette che la valutazione di equità possa essere effettuata *ex post* dal giudice, qualora uno dei coniugi, dopo aver sottoscritto un accordo in sede di separazione, formuli in sede di divorzio o successivamente ad esso «pretese incompatibili con l'accordo medesimo».

²⁷ C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, cit., 9 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

²⁸ S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, cit., 4 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

previsione del divorzio «appa[ia] sempre connesso, esplicitamente o implicitamente, alla finalità di vi-ziare o limitare la libertà [del coniuge che accetti una determinata prestazione] di difendersi nel successivo giudizio di divorzio, sia in relazione agli aspetti economici sia, e prima ancora, alla stessa dichiarazione di divorzio»²⁹.

La Suprema Corte vuole evitare che l'accordo in previsione del divorzio, da un lato, danneggi il coniuge protetto, dall'altro, costituisca il mezzo per attuare il commercio dello *status* di coniuge. La replica è agevole: la sanzione della nullità è sproporzionata e nient'affatto necessaria a tali finalità. Lo è perché la parte debole è adeguatamente tutelata dalle regole appena sopra ricordate e per altre ragioni ben argomentate dalla dottrina³⁰, incentrate soprattutto sul diritto soggettivo potestativo di ottenere il divorzio e sulla causa in concreto³¹.

L'argomento giurisprudenziale, ogni volta riproposto, della «radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio» è fuori fuoco, almeno per due ragioni. La prima: esso è scollato da quell'equilibrio normativo di cui si è appena detto esistente tra autonomia privata e tutela del coniuge impossibilitato a mantenersi. Il sistema esprime non già una radicale indisponibilità, ma un'ampia, non assoluta, disponibilità dell'assegno di divorzio. E la negoziazione assistita, come si diceva, ne è una chiara riprova.

Alla seconda ragione attinente alla nuova composta funzione dell'assegno di divorzio si è già fatto cenno, ma essa necessita di un approfondimento

²⁹ Cass., 6.12.1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1495 ss., con nota di L. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*; Cass., 9.5.2000, n. 5866, in *Leggi d'Italia on line*.

³⁰ E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali. Artt. 159-166-bis*, cit., 425 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 213 ss.; G. OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 2, 147 ss.; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Fam. e dir.*, 2000, 431 ss.; E. BARGELLI, *Accordi in vista del divorzio: il revirement incompiuto della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 704 ss.; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1321 ss. Più di recente cfr.: A. FUSARO, *Assetti patrimoniali in occasione della separazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1 ss. (versione *on line*); C. FILAURO, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. e dir.*, 2015, 4, 357 ss.; M. PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2016, 3, 1499 ss.; A. CARRATA, *La Cassazione e gli accordi tra i coniugi in pendente del giudizio di separazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9, 747 ss.

³¹ M. COMPORTEI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Giur. it.*, 1995, V, 110 ss.; F. D. BUSNELLI-E. BARGELLI, *Convenzione matrimoniale (voce)*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento IV*, 463.



per meglio fissare le implicazioni sul regime degli accordi qui indagati.

4. Doppia funzione dell'assegno di divorzio secondo la Cassazione a Sezioni unite e autonomia dei coniugi.

Perno dell'orientamento giurisprudenziale che propende per la nullità degli accordi in previsione del divorzio è la funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile. Ma ciò non costituisce un argomento pregnante, atteso che non vi è un nesso stringente tra questo carattere dell'assegno e la nullità degli accordi³².

Il problema dell'invalidità si pone piuttosto se il coniuge più forte abbia tratto vantaggio dolosamente o in violazione della buona fede nelle trattative dalla condizione di debolezza contrattuale in cui si trova l'altro. Non è questa la sede per sviluppare tale tema³³; è utile, invece, rimarcare che oggi vi è un elemento in più in forza del quale contrastare l'orientamento giurisprudenziale della nullità degli accordi in previsione del divorzio.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno ben argomentato la doppia funzione dell'assegno di divorzio: non soltanto assistenziale-alimentare, ma anche perequativo-compensativa³⁴. Doppia funzione che emerge dalla prescrizione di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 rivolta al giudice, il quale deve tener conto del «contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello di entrambi».

Il tener conto, secondo le Sezioni unite, deve avvenire non più nella seconda (eventuale) fase attinente alla quantificazione dell'assegno di divorzio (*quantum*), ma fin da subito per decidere sull'attribuzione del medesimo (*l'an*). Ciò in quanto l'assegno di divorzio è volto non soltanto a sostenere l'ex coniuge privo di reddito o con un reddito insufficiente per vivere, ma anche a perequare, quando la disparità delle posizioni economico-patrimoniali dei coniugi sia dipesa dalle scelte con cui è stata indirizzata la vita matrimoniale.

La necessità, più che di perequare di compensare sacrifici, origina dal contributo apportato da un co-

niuge alla vita familiare; contributo frutto di scelte condivise e di attività svolte nella famiglia, che insieme possono determinare, al momento dello scioglimento del matrimonio, un'inferiorità della propria situazione economica rispetto a quella dell'altro³⁵. Di conseguenza sorge l'esigenza, la cui base giuridica risiede nel principio della pari dignità dei coniugi, di compensare il coniuge più debole. Il che si traduce nell'attribuzione di una somma di denaro che esprima il valore di quelle scelte e attività.

Ecco che le Sezioni unite hanno reinterpretato l'inadeguatezza dei mezzi di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 come un presupposto «intrinsecamente relativo»³⁶, da riferirsi alla storia matrimoniale. I mezzi sono inadeguati se le scelte attuative dei doveri matrimoniali (art. 143 c.c.) e dell'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.) li hanno resi tali, secondo una sequenza causale da accertare nel procedimento di divorzio³⁷.

È stata pertanto abbandonata quella consolidata distinzione tra criterio attributivo e parametri determinativi dell'assegno³⁸. Errato è stato ritenuto

³⁵ Secondo Cass. Sez. un. 11.7.2018, n. 18287, cit., «al fine d'indicare un percorso interpretativo che tenga conto sia dell'esigenza riequilibratrice posta a base dell'orientamento proposto dalle Sezioni unite nella sentenza n. 11490 del 1990 sia della necessità di attualizzare il diritto al riconoscimento dell'assegno di divorzio anche in relazione agli standards europei [cui è dedicato un cenno nella parte finale della sentenza], questa Corte ritiene di dover abbandonare la rigida distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio, alla luce di una interpretazione dell'art. 5 co. 6 più coerente con il quadro costituzionale di riferimento costituito, come già evidenziato, dagli artt. 2, 3 e 29 Cost».

³⁶ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., § 10, così si esprime.

³⁷ Cass. Sez. un. 11.7.2018, n. 18287. In applicazione del nuovo orientamento cfr. Trib. Pescara, 29.8.2018, n. 1248, in www.cassazione.net, che dispone la corresponsione dell'assegno di divorzio poiché dalla fase istruttoria è emerso che la ex moglie (già era stata pronunciata la sentenza non definitiva di divorzio), a causa delle scelte condivise di non spendere i propri titoli professionali e di trasferirsi con il marito al fine di agevolarlo nella progressione di carriera, si è ritrovata in condizioni economiche inferiori a quelle dell'ex marito (nel frattempo diventato colonnello). Il tribunale valorizza anche la circostanza dell'età della donna, la quale - si osserva - a 59 anni verosimilmente non troverà una collocazione in una scuola come insegnante (ne aveva i titoli) né altra occupazione.

³⁸ E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita» e «autoreponsabilità»: «persone singole senza passato?»*, in *Corr. giur.*, 2017, 885 ss. (p. 13 ss. versione *on line*), svolge perspicue considerazioni sulle possibili incongruenze derivanti dalla scissione del giudizio attributivo dell'assegno da quello attinente alla sua quantificazione, essendo, i medesimi giudizi, due facce della stessa medaglia. L'Autore stigmatizza astrattezza del criterio dell'autosufficienza economica, il quale finisce con l'ignorare che il matrimonio «rappresenta per i coniugi un momento di intima compenetrazione delle sfere personali ed (inevitabilmente) economiche, le cui conseguenze devono essere disciplinate in modo tale da assicurare comunque l'adeguata partecipazione di ciascuno a quanto insieme complessivamente costruito». Anche U. ROMA, *Primitissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non*

³² A. C. NAZZARO, *Il contenuto degli accordi pre-crisi*, in *Biblioteca della Fondazione del not.*, cit., vol. I, 94, afferma lucidamente come non sembri possibile «affermare che ogni accordo che abbia ad oggetto la quantificazione dell'assegno divorzile debba essere considerato nullo, stante la funzione assistenziale di detto assegno, poiché ciò che va valutata è l'adeguatezza nel caso concreto». Ancora: «neanche può affermarsi che l'assegno di divorzio sia in assoluto indisponibile poiché ciò che è indisponibile è il principio di solidarietà (...)».

³³ R. MONTINARO, *op. cit.*, 232 c.c., ne traccia una limpida sintesi.

³⁴ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., § 10.



dalle Sezioni unite sia l'orientamento giurisprudenziale che ancorava l'assegno di divorzio all'analogo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, sia quello più recente della non autosufficienza economica.

In questo nuovo scenario, al fine di rendere effettiva la funzione perequativo-compensativa dell'assegno, il richiedente dovrà provare, anche per presunzioni, i fatti che hanno determinato la disparità economico-patrimoniale conseguente allo scioglimento del vincolo.

Ebbene, posto che l'assegno di divorzio non ha più una funzione esclusivamente assistenziale, giustificandosi in ragione delle conseguenze negative della vita familiare nella sfera economico-patrimoniale, si apre uno spazio ancor più netto e ampio per l'autonomia privata dei coniugi. Nessuno meglio di questi ultimi è in grado di ricostruire la vita matrimoniale, stabilendo quanto valga il contributo apportato da ciascuno alla famiglia.

Se il matrimonio, come è stato sottolineato dalle Sezioni unite, si costituisce vive e cessa per effetto dell'autodeterminazione delle parti, le quali stabiliscono i ruoli e il contributo di ciascuna di esse in attuazione dell'art. 143 c.c., anche la determinazione degli effetti economici dello scioglimento deve rientrare nella disponibilità delle stesse³⁹. E un accordo su tali effetti ben può essere raggiunto in previsione del divorzio, fin dalla separazione consensuale, posto che il principio consensualistico, come

solo, cit., 5 ss. (versione *on line*), critica Cass., n. 11504/2017, cit., soprattutto perché il criterio dell'autosufficienza economica esclude il coniuge, che in tale situazione si trovi, «dalla partecipazione alle risorse cumulate dall'altro, spesso proprio in ragione delle scelte compiute dalla coppia nel «pregresso rapporto matrimoniale» (cfr. anche art. 9, coo. 2 e 3, e art. 12-bis l. n. 898/1970). L'altro profilo della critica, su cui Roma si sofferma lucidamente, attiene alle intollerabili incertezze contenutistiche del criterio dell'autosufficienza economica.

³⁹ La Cass. Sez. un. 11.7.2018, n. 18287, cit., afferma che «i principi di autodeterminazione ed autoreponsabilità hanno orientato non solo la scelta degli ex coniugi di unirsi in matrimonio ma, ciò che è più rilevante ai fini degli effetti conseguenti al suo scioglimento così come definiti nell'art. 5, co. 6 l. n. 898/1970, hanno determinato il modello di relazione coniugale da realizzare, la definizione dei ruoli, il contributo di ciascun coniuge all'attuazione della rete di diritti e doveri fissati dall'art. 143 cod. civ. La conduzione della vita familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri e obblighi che imprimono alle condizioni personali e economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile». E, sempre secondo le Sezioni unite, sono proprio i criteri di cui all'art. 5, co. 6 cit. a sottolineare che il matrimonio è atto di libertà e di autoreponsabilità, il che esige di considerare le declinazioni della vita matrimoniale in via principale e non subordinatamente all'accertamento di una condizione astratta qual è l'analogo tenore di vita o l'autosufficienza economica. Diversamente opinando, il matrimonio finisce col diventare un fattore che genera, al momento del suo scioglimento, disparità e disuguaglianze tra gli ex coniugi.

ha dimostrato un'autorevole dottrina⁴⁰, connota l'intero istituto del matrimonio, dove in posizione di assoluta centralità si colloca il rapporto⁴¹.

Ritenere ancora nullo l'accordo in funzione del divorzio appare davvero incongruo rispetto non soltanto ai recenti sviluppi legislativi dell'ordinamento, come sopra tratteggiati, ma anche in ragione della doppia funzione dell'assegno di divorzio. L'accordo concluso in occasione della crisi coniugale, nel o fuori dal procedimento giudiziale o extragiudiziale, in cui si preveda una corresponsione in unica soluzione o un trasferimento della proprietà non è illecito, essendo volto ad attuare la funzione equilibratrice dell'assegno post-matrimoniale, rilanciata dalle Sezioni unite.

Non è da condividersi, pertanto, quella giurisprudenza più recente che ha predicato la validità del patto soltanto qualora la sua causa sia estranea alla volontà comune di disporre dell'assegno di divorzio ora per allora⁴². A parte che, come si dirà più estesamente in seguito, tale distinguo - causa estranea/non estranea - è piuttosto evanescente, volendo le parti in ogni caso regolare gli effetti economici della crisi coniugale.

Si dirà che la Cassazione non ha sempre predicato la nullità. È vero. Una timida apertura si è avuta in un tempo più risalente, quando la Suprema Corte, per tutelare il coniuge più debole, si è rifugiata, non senza una lampante contraddizione⁴³, nella nullità

⁴⁰ V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 153 ss., oltre a trarre argomento da una serie disposizioni del codice civile sul matrimonio (ad es: artt. 1119, 120, 22, 123 c.c.), ragiona sull'aggettivo «naturale» di cui all'art. 29 Cost. per valorizzare il consenso.

⁴¹ V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, cit., 164-165, ritiene che nel matrimonio, diversamente dal contratto, è il rapporto ad essere misura dell'atto; ciò in quanto «il matrimonio è un tipico atto a prevalente efficacia strumentale», dove la volontà dei coniugi, pur nella predeterminazione legale dei doveri derivanti dal matrimonio, «ha un peso importante e decisivo nella realizzazione del consorzio di vita, in che consiste l'attuazione del matrimonio-rapporto». L'illustre Maestro scrive di «regime consensuale permanente», il quale, se vale nella costituzione e nello svolgersi del rapporto, deve valere - si può aggiungere - anche a regolare lo scioglimento del matrimonio.

⁴² Cass., 19.8.2015, n. 16909, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 3.12.2015, n. 24621, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9-,747 ss., con nota di A. CARRATTA, già cit. *supra*; Cass., 21.12.2012, n. 23713, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 442 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra «causa genetica» ed «evento condizionale»*, in *Fam. e dir.*, 2013, 321 ss., con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 258 ss., con nota di I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*. Cfr. anche Cass., 21.8.2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, 94 ss., con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

⁴³ La rileva puntualmente G. FERRANDO, *La separazione personale*, cit., 55, rispetto all'indisponibilità dello *status*, argomen-



relativa di matrice comunitaria⁴⁴. Ma anche questa impostazione è da respingere, perché postula comunque l'invalidità.

5. La nullità acritica nella recente giurisprudenza sugli accordi in previsione del divorzio.

La normativa sugli effetti della separazione e del divorzio limita ma non esclude l'autonomia privata. Il trasferimento della proprietà in previsione del divorzio, non assoggettato al giudizio di equità (ecco un limite), è un atto da ritenersi valido ed efficace *rebus sic stantibus* (l'altro limite). Ciò anche in ragione, come si diceva, del rilievo dell'autodeterminazione quale elemento che governa il matrimonio in tutte le sue fasi.

La più recente giurisprudenza di legittimità e di merito continua a non accogliere questa ricostruzione⁴⁵, avversando soprattutto gli accordi funzionali a

to, quest'ultimo, centrale dell'orientamento della Cassazione, che verrebbe, però, contraddittoriamente superato.

⁴⁴ Cass., 14.6.2000, n. 8109, in *Giur. it.*, 2000, 12, 2249 ss., con nota di L. BARBIERA, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali tra coniugi da valere anche dopo il divorzio*; in *Contratti*, 2001, 1, 45 ss., con nota di M. DELLA CASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica di integrazione*; in *Notariato*, 2001, 1, 16 ss., con nota di V. DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*. Cfr. anche: Cass. 21.2.2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345 ss., con nota di M. GRONDONA, la quale conferma la validità di una somma prevista in sede di separazione da considerarsi, per espressa pattuizione, quale anticipazione di un futuro incremento dell'assegno di divorzio. Tale accordo, secondo la Cass., non integra «una rinuncia alla revisione futura dell'assegno di divorzio».

⁴⁵ Trib. Milano, decr. 15-16.4.2015, in www.ilcaso.it, dichiara la nullità del patto contenuto nel ricorso di divorzio con cui i coniugi avevano previsto, quale corresponsione *una tantum*, due trasferimenti patrimoniali reciproci a titolo di assegno divorzile. La nullità, secondo il trib., è legata a uno «stridente contrasto con i profili pubblicistici che compongono la trama dell'art. 5 l. div.». Si sottolinea, da un lato, l'irragionevolezza del trasferimento reciproco, che postulerebbe la debolezza o la forza di entrambi i coniugi, laddove l'*una tantum* è uno strumento a tutela del coniuge privo di adeguati redditi propri. Dall'altro lato, l'operazione prospettata, non essendo legata all'assegno di divorzio, sarebbe volta «a privare i contraenti, per il futuro, del diritto al supporto economico con una "causa concreta" emergente, da stimarsi illecita». Questa motivazione suscita più di una perplessità. La corresponsione dell'assegno in unica soluzione può astrattamente concretarsi anche in un trasferimento reciproco della proprietà, qualora vi sia una differenza di valore dei cespiti. Differenza che rappresenta il contributo al mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri. Si aggiunga che, per quanto già sostenuto sopra nel testo, quand'anche i valori dei beni fossero pressoché equivalenti, non c'è ragione di dichiarare la nullità del patto. Semplicemente, ove dovesse mancare (o sia negativo) il giudizio positivo di equità dell'accordo, sarebbero ancora ammissibili successive domande di contenuto economico. Forse il tribunale ha deciso per la nullità, avendo i contraenti dichiarato di voler «istituire due assegni *una tantum*». Ma anche in questo caso non si ravvi-

regolare il divorzio. In particolare, è stata dichiarata nulla un'intesa perfezionata in occasione della separazione personale, tenuta *a latere* di questa, con cui si trasferiva al coniuge in difficoltà economica una consistente somma di denaro. Somma da imputare, per volontà delle parti, a quanto sarebbe spettato a titolo di assegno di mantenimento e di assegno divorzile⁴⁶.

Le ragioni del *decisum* sono sostanzialmente due: 1) in forza dell'art. 160 c.c. e della conseguente «radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale», deve ammettersi la nullità dell'accordo in vista del divorzio, anche qualora lo stesso, come nel caso di specie, dovesse soddisfare pienamente le esigenze di vita del coniuge economicamente debole; 2) l'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 è inapplicabile al di fuori del divorzio. Ne consegue l'inammissibilità in sede di divorzio del giudizio di equità del patto concluso nell'ambito della separazione personale. Ciò vale, continua la Cassazione, quand'anche vi sia stata la volontà concorde di entrambi i coniugi di chiedere successivamente la valutazione equitativa.

L'affermazione di cui al punto 1 ha una forza semantica che non corrisponde né al sistema giuridico, né all'intendimento delle parti. Non c'è una radicale indisponibilità, bensì una disponibilità limitata dal controllo giudiziale di equità. Un controllo che - è bene sottolineare - è richiesto dalla legge soltanto qualora i coniugi preferiscano la corresponsione in unica soluzione e non già in ogni caso.

L'autonomia negoziale gode perciò di ampio spazio e quando essa è stata esercitata - segno che i coniugi riescono ancora a collaborare nonostante la crisi - non la si può contrastare evocando la nullità. A rigore, come si diceva, neppure il patto iniquo è nullo, bensì improduttivo dell'effetto preclusivo di ulteriori domande di contenuto economico.

serebbero motivi di nullità. Per un approfondimento cfr. B. GRAZZINI, *Assegno di divorzio: «Doppia una tantum» e indisponibilità del diritto*, in *Fam. e dir.*, 5, 496 ss.

⁴⁶ Cass., 30.1.2017, n. 2224, cit. È da notare che la Corte d'appello di Milano aveva deciso correttamente, revocando l'assegno di divorzio disposto in favore della moglie. La Corte, tenuto conto di alcuni parametri legali (durata del matrimonio, capacità patrimoniale dei coniugi, contributo personale dato dalla moglie alla famiglia) e della corresponsione alla moglie nel 2006 di una ingente somma di denaro, afferma quanto segue: «doveva ritenersi che in tal modo il [marito] avesse inteso corrispondere alla stessa quanto le sarebbe spettato per assegno di mantenimento ed assegno divorzile, dovendosi considerare che il predetto importo [di euro 1.934.922], per la sua rilevanza, assorbiva, per almeno vent'anni, persino la richiesta di un assegno divorzile parti ad euro 7.000 mensili». Insomma non è ragionevole ritenere, come fa la Cassazione, che quanto stabilito nella fase della separazione sia irrilevante nel procedimento di divorzio; né è corretto presumere *iuris et de jure* che l'attribuzione di una consistente somma di denaro induca il coniuge beneficiario a divorziare. Non fosse altro perché, solitamente, le trattative volte alla definizione dei rapporti economici iniziano quando il matrimonio è già irrimediabilmente compromesso.



Ancora sul punto 1: la Cassazione precisa che è nullo l'accordo in vista del divorzio pur vantaggioso per il coniuge in difficoltà economica. Quest'affermazione discende da un'attuazione estrema e astratta del principio d'indisponibilità degli *status*. Un principio ritenuto violato ogniqualvolta vi sia stata una preventiva e conveniente pattuizione che, in quanto tale, indurrebbe - per così dire fisiologicamente - al divorzio⁴⁷.

È evidente la fallacia di siffatto automatismo tra beneficio economico e decisione di divorziare o di non opporsi alla domanda altrui. Così argomentando si svuota proprio quel principio di autodeterminazione, legato al canone dell'uguaglianza di cui all'art. 29, co. 2, Cost., a partire dal quale le Sezioni unite della Cassazione hanno riconfigurato la funzione dell'assegno di divorzio⁴⁸.

Se è infondata l'equazione accordo in previsione del divorzio uguale disponibilità dello *status*, va inoltre sottolineato, sempre in chiave di *pars construens* della validità, che lo *status* di coniuge è, sotto certi profili, disponibile, se si considera che la domanda di divorzio, come del resto quella di separazione⁴⁹, non può essere paralizzata dal coniuge

che intenda conservare il matrimonio. Pericolose sono, talvolta, le generalizzazioni se si considera che persino lo *status filiationis*, dove più forte è l'esigenza di indisponibilità, non è del tutto indisponibile; basti pensare al diritto della madre di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, co. 1, d.P.R. n. 396/2000) e all'ammissibilità della trascrizione in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero, da cui risulta che il nato ha come genitori due persone dello stesso sesso⁵⁰.

Neppure il predetto punto 2 dell'argomentazione della Cassazione coglie nel segno. Certo, il giudizio di equità è disciplinato solo con riguardo al procedimento di divorzio. Ed è vero che esso «non è applicabile al di fuori [di quest'ultimo]». Ma ciò non implica affatto che i coniugi non possano attuare la loro comune volontà di regolare, fin dalla separazione, gli effetti economici del divorzio. L'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 non subordina al giudizio di

anche di uno solo dei coniugi, sono sufficienti a integrare il requisito dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza ai sensi dell'art. 151 c.c.

⁵⁰ Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 362 ss., con nota di G. PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione dello status filiationis*, in *Giur. it.*, 2017, 11, 2365 ss., con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*. Cass., 15.6.2017, n. 14878, in *Fam. e dir.*, 2018, 1, 5, con nota di F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*. Perspicuo è il rilievo di F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, cit., 3 (versione *on line*), secondo cui nell'attuale terza fase del diritto di famiglia (caratterizzata dalla centralità dei diritti umani e dal pluralismo dei modelli familiari), il concetto di *status* assume una «funzione declamatoria» e riassuntiva di obiettivi legislativi di tutela. Questa funzione entra in dialettica con la clausola del migliore interesse del minore, con la centralità dei diritti umani di fonte sovranazionale (cfr. G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e mercato*, 2013, 2, 179 ss.) e con le problematiche suscitate dai processi migratori. Tutto ciò concorre a mettere in «discussione alcuni dei canoni della famiglia tradizionale» e a determinare, come afferma giustamente Caggia, «una sorta di polivalenza funzionale del concetto di *status*, il quale si rende disponibile a favorire l'affermazione ora di prospettive conservatrici dell'organizzazione sociale ora di tendenze e spinte che intendano mettere in radicale discussione quell'assetto». Questi complessi mutamenti devono essere valutati nel quadro dei principi e dei valori costituzionali, senza aprioristiche chiusure rispondenti a scelte, anche legislative, fortemente ideologiche. In tale più moderna prospettiva si colloca l'orientamento della Cassazione favorevole a una nozione più ristretta di ordine pubblico internazionale (cfr. Cass. 30.9.2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; Cass. Sez. un., 5.7.2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 419 ss., con note di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, di P. G. MONATERI, *Le Sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, 1392, con nota di M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*.

⁴⁷ Cass., 30.1.2017, n. 2224, cit., richiama Cass., 18.2.2000, n. 1810, cit. a dimostrazione della saldezza dell'orientamento contrario alla validità degli accordi in funzione e in vista del divorzio. La Suprema Corte collega la propria pronuncia del 2017 ai precedenti anche risalenti, senza aprire ad altri ragionamenti, con una pigra ripetizione di frasi oramai disallineate dal tessuto normativo e dall'evoluzione complessiva dell'ordinamento.

⁴⁸ Cfr. Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., dove al § 9 c'è un passaggio particolarmente significativo in chiave costruttiva della doppia funzione dell'assegno di divorzio. Si dice che l'uguaglianza dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.) si inverte nell'organizzazione della vita matrimoniale, caratterizzata dall'autodeterminazione dei medesimi che attuano i doveri di cui all'art. 143 c.c. Uguaglianza a autodeterminazione devono connotare anche la fase della crisi coniugale e l'accordo in funzione del divorzio è lo strumento più adatto allo scopo. Si legge nella sentenza: «Il canone dell'uguaglianza, posto a base dell'art. 29 Cost., può essere attuato e reso effettivo soltanto all'interno di una relazione governata da scelte che sono il frutto di determinazioni assunte liberamente dai coniugi in particolare in ordine ai ruoli ed ai compiti che ciascuno di essi assume nella vita familiare. L'eguaglianza si coniuga indissolubilmente con l'autodeterminazione e determina la peculiarità della relazione coniugale così come declinata dall'art. 143 cod. civ., norma che ne costituisce la perfetta declinazione. L'autodeterminazione non si esaurisce con la facoltà anche unilaterale di sciogliersi dal vincolo, ma preesiste a tale determinazione e connota tutta la relazione e, in particolare, la definizione e la condivisione dei ruoli endofamiliari». Osserva M. BIANCA, *Le Sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, cit., 3 (versione *Foro it. on line*), che «Il principio di autodeterminazione, non più da intendersi quale mera espressione del libero arbitrio, risulta essere espressione del principio della dignità umana e felice sintesi di libertà e di responsabilità». Dunque, continua l'Autrice, «il risultato assiologico delle sezioni unite del 2018 è la declamazione di un felice equilibrio tra libertà e responsabilità e quindi tra autodeterminazione e solidarietà postconiugale».

⁴⁹ Secondo Cass., 29.4.2015, n. 8713, Cass., 29.3.2011, n. 7125, entrambe in *Leggi d'Italia on line*, e Cass., 14.3.2018, n. 6145, in www.cassazione.net, la disaffezione e il distacco spirituale,



equità la validità dell'accordo concluso nella fase della separazione personale. Piuttosto, secondo la disposizione *de qua*, affinché si possa ottenere l'effetto tombale, tale accordo dovrà essere successivamente sottoposto al giudizio equitativo del giudice del divorzio.

Non bisogna perciò sovrapporre il piano della validità con quello del giudizio di equità, né evocare il primo in mancanza di norme imperative preclusive dell'autonomia privata. La giurisprudenza ha creato un condizionamento eccessivo, reiterato acriticamente, tra l'indisponibilità dello *status* di coniuge, l'autonomia privata e la tutela del coniuge impossibilitato a mantenersi, giungendo così, più che a proteggere quest'ultimo, a limitarne ingiustificatamente il diritto di autodeterminarsi in tutte le fasi del matrimonio. Con ciò impedendo il miglior perseguimento dei propri interessi economici.

Un condizionamento che dipende altresì, nella prospettiva della giurisprudenza, da una esorbitante e per certi versi irrealistica sottolineatura della diversa funzione e dei diversi effetti prodotti dalla separazione e dal divorzio. Nella separazione - si rileva - il rapporto coniugale non viene meno, determinandosi la sospensione dei doveri di natura personale, permanendo, invece, sia pur con un adattamento alla nuova situazione, quelli patrimoniali. Diversamente accade nel divorzio.

Questo distinguo non convince appieno, perché, sebbene esatto in termini descrittivi, non coglie l'evoluzione dell'ordinamento e l'interesse perseguito in concreto dai coniugi. Si guarda a un profilo per così dire "didattico", smarrendo il senso della complessità e della realtà del fatto.

Non va ignorato che nel rapporto tra separazione e divorzio c'è un elemento significativo, ben rimarcato da un'attenta dottrina⁵¹. La separazione, con la caduta del principio di indissolubilità del matrimonio, non è da intendersi semplicisticamente come «uno stato temporaneo orientato a favore della riconciliazione dei coniugi». Piuttosto essa appare, in ragione dell'evoluzione normativa di cui già si è già dato conto, come necessario momento, oggi divenuto di più breve durata, propedeutico allo scioglimento del matrimonio.

Se così è, non si giustifica la regola giurisprudenziale che preclude ai coniugi, decisi fin da subito a sciogliere il matrimonio, di regolamentare in modo definitivo i propri rapporti economici. La richiesta successiva di valutare l'equità dell'accordo non esprime altro che la conferma di quella volontà, palesata fin dall'inizio della crisi, di porre fine al matrimonio con una regolamentazione ultima, concordata e soppesata dalle parti, degli aspetti patrimoniali⁵².

6. Artifici giurisprudenziali e meritevolezza della regolazione, anche prematrimoniale, degli effetti economici della crisi coniugale.

La giurisprudenza di legittimità se, da un lato, ha negato validità agli accordi in previsione del divorzio, dall'altro, ha delimitato un'area di rilevanza di alcuni contratti ascrivibili solo *lato sensu* alla crisi coniugale, non avendo in quest'ultima, secondo la Cassazione, la propria causa. Si tratterebbe di quegli accordi estranei alle vicende della vita matrimoniale, giacché conclusi prima delle nozze⁵³ e comunque slegati dai diritti e obblighi derivanti dal matrimonio⁵⁴.

Questa linea di demarcazione, su cui si insiste da tempo, è stata ribadita più di recente dalla Suprema Corte⁵⁵. Si continua a distinguere tra *contenuto necessario* e *contenuto eventuale* dell'accordo di separazione. Il primo comprenderebbe il consenso a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegnazione della casa familiare e l'assegno di mantenimento (artt. 156, co. 1, e 337-ter c.c.). Il secondo riguarderebbe «ogni altra questione patrimoniale o personale tra i coniugi»⁵⁶, che trova nella separazione soltanto l'occasione per regolamentarla.

Siffatta distinzione, piuttosto labile, ha consentito di aggirare gli argomenti a sostegno della nullità degli accordi in funzione del divorzio; argomenti ritenuti dalla Cassazione non pertinenti, ove si discuta di pattuizioni riconducibili al contenuto eventuale della separazione e perciò valide.

simo, poiché nel programma dei coniugi in crisi la separazione è reputata soltanto come un necessario presupposto del divorzio.

⁵³ Cass., 21.12.2012, n. 23713, cit. Nel caso di specie i nubendi, un giorno prima del matrimonio, stabiliscono con scrittura privata quanto segue: qualora il matrimonio dovesse fallire per separazione o divorzio, la moglie cederà al marito la piena proprietà di un immobile a titolo di indennizzo delle spese che il marito sosterrà per la ristrutturazione in un altro immobile, da adibire a casa coniugale, sempre di proprietà della moglie. Per riequilibrare i valori del trasferimento immobiliare e dell'esborso di denaro, il marito trasferirà alla moglie la proprietà di un titolo BOT pari a lire 20.000.000. L'esecuzione del contratto è, quindi, per una parte immediata, per l'altra parte sospensivamente condizionata alla separazione o al divorzio.

⁵⁴ Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit.

⁵⁵ Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit.

⁵⁶ Così Cass., 3.12.2015, n. 24621, in *Foro it.*, 2016, 5, 1, 1826 ss.; analogamente cfr. Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit., secondo la quale le pattuizioni ulteriori rispetto a quelle che integrano il contenuto tipico della separazione consensuale sono quelle che «pur trovando la loro occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in essa, risultando semplicemente assunti "in occasione" della separazione medesima, senza dipendere dai diritti e dagli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio, ma costituendo espressione di libera autonomia contrattuale (nel senso che servono a costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici patrimoniali)».

⁵¹ G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2015, 171.

⁵² È evidente che in questo caso le distinzioni tra separazione consensuale e scioglimento del matrimonio si attenuano moltis-

Si è creduto, così, di tracciare un confine netto tra gli accordi prematrimoniali, da ritenersi nulli, e quelle intese che, pur anteriori al matrimonio, sarebbero meritevoli di tutela perché non attinenti agli effetti economici della separazione e del divorzio. Per la stessa ragione, andrebbe predicata la validità di quegli accordi volti a riequilibrare una pregressa situazione patrimoniale; la nullità colpirebbe, invece, quegli accordi in previsione del divorzio aventi la propria causa nella crisi coniugale.

In verità non è possibile degradare la separazione e il divorzio a mere circostanze degli accordi tra coniugi, siano questi prematrimoniali o successivi alla crisi. Separazione e divorzio penetrano la causa di ogni pattuizione patrimoniale tra coniugi (o nubendi), giustificandone gli effetti⁵⁷. Causa da intendersi nell'accezione, oramai consolidata, di «sintesi di interessi concreti che il contratto è diretto a realizzare»⁵⁸. Interessi che funzionalizzano il modello, anche tipico, adottato dalle parti, svelandone la ragione, lo scopo pratico⁵⁹, in una prospettiva necessariamente dinamica della contrattazione.

⁵⁷ G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., 297 ss., è l'Autore che, con maggiore sforzo argomentativo, ha teorizzato la causa familiare dell'accordo della crisi coniugale. Cioè un accordo che esprime una sintesi di tutti gli interessi e le situazioni emergenti nella fase patologica del rapporto matrimoniale. I tipi negoziali sono, infatti, insufficienti a qualificare l'accordo della crisi coniugale, essendo questo caratterizzato da una «complessa ragione economico-giuridica». Cfr. anche A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 273 ss.

⁵⁸ Cass., 8.5.2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, 7, 621 ss., con nota di F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, 299 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*; Cass. Sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 19 ss., con note di PROCIDA MIRABELLI di LAURO ANTONINO, S. LANDINI, C. SGANGA, fa riferimento alla causa in concreto per valutare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento del contratto; v. anche Cass. Sez. un., 6.3.2015, n. 428, in *Giur. it.*, 2015, 5, 1064 ss., con nota di G. PALERMO, *Preliminare: l'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, sul preliminare di preliminare. In dottrina dopo la fondamentale monografia di G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, cfr. almeno: G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, I, p. 100 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e impr.*, 2007, 2, 416 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 957 ss.; U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, 858 ss.

⁵⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 171 ss., insiste sull'interesse (sociale) che deve connotare ogni contratto, il quale, altrimenti, mancherebbe di causa. Betti non pensa affatto che la causa coincida con il tipo (cfr. p. 175 e p. 180). Egli scrive che «la causa caratteristica del tipo astratto cui il negozio appartiene comporta ed esige in ogni concreto negozio una specificazione o colorazione concreta, adeguata all'intento comune di esse parti» (p. 185). Piuttosto, com'è noto, Betti riteneva che la liceità fosse condizione necessaria ma non suffi-

E allora, se la finalità oggettiva dell'operazione economica ne esprime la causa⁶⁰, gli accordi prematrimoniali sono, in quanto tali, giustificati dal fine di regolare gli effetti economici della crisi coniugale. Ciò anche quando l'oggetto dell'accordo non riguardi direttamente gli assegni matrimoniali, ma si colleghi alla crisi coniugale.

Alla stessa conclusione si giungerebbe anche accogliendo la lucida ricostruzione di chi⁶¹, alla nozione di causa in concreto, preferisce un approccio incentrato sulla «ricostruzione della norma del caso concreto», così ponendo l'accento sulla proiezione della funzione materiale del negozio sul piano dell'ordinamento. Anche da questa più ampia e moderna prospettiva (funzione materiale + effetti), gli accordi tra i coniugi, sia in funzione del divorzio che prematrimoniali, appaiono meritevoli di tutela, collocandosi senza contraddizioni all'interno della disciplina della crisi coniugale⁶².

Non si condivide, pertanto, la Cassazione quando, in un caso che ha suscitato l'attenzione della dottrina, ha escluso che il patto prematrimoniale appartenesse agli accordi prematrimoniali⁶³. Si è motivato sostenendo, da un lato, che i nubendi non avevano regolato l'intero assetto economico, ma soltanto un determinato aspetto; dall'altro, che emergeva la volontà di disporre non già degli effetti della separazione e del divorzio, bensì di un rapporto del tutto scollegato da essi.

Si trattava - secondo la Suprema Corte - di restituire, attraverso una *datio in solutum*, quanto prestato dal marito per ristrutturare la casa familiare di proprietà della moglie; restituzione sospensivamente condizionata al fallimento del matrimonio. Tutto ciò senza che vi fosse sproporzione tra quanto prestato dal mutuante (il marito) e quanto ricevuto dal medesimo quale prestazione in luogo dell'adempimento (un immobile di proprietà della moglie), poiché lo stesso mutuante avrebbe a sua volta corrisposto alla moglie un conguaglio in Bot.

A ben vedere, al di là dell'apparente persuasività dell'argomentazione, l'operazione economica *de qua* è meritevole di tutela non perché - come ritiene la Cassazione - sia estranea alla nozione di accordo prematrimoniale. È proprio quest'ultimo a venire in

ciente dell'esistenza della causa e quindi del riconoscimento da parte del diritto dell'autonomia privata («giacché il diritto non presta il suo appoggio al capriccio individuale»).

⁶⁰ G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 142.

⁶¹ U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, cit., 861 e 870, ritiene che, oggi, i più penetranti controlli sull'autonomia contrattuale possano prescindere dalla nozione di causa.

⁶² Cass., 10.7.2018, n. 18138, in *Banca dati-Leggi d'Italia on line*, ammette la validità di un patto parasociale, riconducendone la causa concreta a una fattispecie complessa «formata dall'accordo di separazione, con scioglimento della comunione legale e divisione del compendio».

⁶³ Cass., 21.12.2012, n. 23713, cit.





rilievo⁶⁴, se solo si considera che è l'andamento della vita coniugale a governare la complessità degli effetti di quel patto. E l'effetto restitutorio è giustificato dalla crisi coniugale.

Se, nel caso di specie, non si esce dall'astrattezza del tipo (mutuo+*datio in solutum*)⁶⁵, non si coglie l'interesse perseguito dalle parti, né, di conseguenza, la giustificazione della condizione sospensiva che è connaturata ai patti prematrimoniali. La separazione e il divorzio attivano l'interesse a riequilibrare la situazione patrimoniale, che aveva ragione di restare squilibrata soltanto nella fisiologia del matrimonio. L'accordo prematrimoniale, per come è stato strutturato dalle parti, produce taluni effetti immediatamente, altri, quelli restitutori, solo successivamente a causa proprio della separazione personale⁶⁶.

Può dirsi, allora, utilizzando le parole di un grande studioso⁶⁷, che se è «lo scopo pratico individuale contenuto nel contratto» a giustificarlo, quello dell'accordo prematrimoniale in esame è meritevole, in quanto volto a riequilibrare una situazione economica che si squilibra solo in conseguenza della crisi coniugale. La quale giustifica la produzione degli effetti ulteriori.

Anche a volere ragionare come la Cassazione tracciando linee di confine, non può sfuggire come l'accordo qui esaminato del trasferimento immobiliare al marito-mutuante e del trasferimento a titolo di conguaglio dei Bot da parte di quest'ultimo alla moglie-mutuataria incida comunque sulla determinazione dell'assegno di divorzio. Il giudice, nella valutazione della sussistenza dei mezzi adeguati (art. 5, co. 6, l. n. 898/1970), deve considerare «il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari e immobi-

liari»⁶⁸. E se l'accordo prematrimoniale perequa in concreto le situazioni economico-patrimoniali dei coniugi, l'assegno di divorzio non sarà dovuto, come è stato affermato in alcune pronunce successive alle Sezioni unite della Cassazione⁶⁹.

Il patto in esame è, dunque, legato alla crisi, ed esso - preme sottolinearlo - non sarebbe stato necessariamente nullo per commercio di *status* neppure qualora vi fosse stata sproporzione tra le prestazioni dei coniugi. Diversamente, invece, si è espressa la Cassazione, secondo la quale la differenza di valori avrebbe potuto indurre, a seconda delle posizioni delle parti, ora alla separazione ora a disincentivarla.

Certo, in astratto, quest'affermazione è corretta⁷⁰, ma il giurista valuta gli interessi concretamente perseguiti dalle parti rispetto al contesto e all'ordinamento giuridico di riferimento. Si ipotizzi che i nubendi abbiano giustificato la differenza di valori in ragione della scelta - condivisa quale indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.) - di un uno dei due di non lavorare o di lavorare *part time*. In tal caso non sembra proprio che il patto prematrimoniale sia immeritevole di tutela, posto che la differenza di valori si basa su quella distinzione di ruoli, concordata dai coniugi, i cui riflessi economici personali sono stati ritenuti dalle Sezioni unite rilevanti ai fini dell'attribuzione dell'assegno di divorzio⁷¹.

⁶⁴ F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto...*, cit., 4 ss., ragiona sulla causa concreta dell'accordo prematrimoniale e, in quest'ottica, assume rilievo decisivo «l'oggettivazione contrattuale delle finalità soggettive perseguite dai nubendi». Ciò che emerge e che viene sottaciuto dalla Cassazione è, secondo l'Autore, l'«interesse familiare intrecciato con quello patrimoniale modellato dai futuri coniugi nella prospettiva eventuale del fallimento del matrimonio».

⁶⁵ Secondo alcuni autori (F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto...*, cit., 4 ss., G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione (...)*, cit., 6 ss. (versione *on line*), la Cassazione, nella sentenza n. 23713/2012, cit. non avrebbe dovuto qualificare come atipico il contratto concluso dalle parti prima di contrarre matrimonio, né escluderlo dal novero dei patti prematrimoniali. Critica nei confronti della pronuncia è anche A. C. NAZZARO, *Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità*, cit., 89-90.

⁶⁶ G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione (...)*, cit., 10, (versione *on line*), distingue esattamente tra l'accordo, affetto da nullità, in cui il profilo personale è oggetto della prestazione («in cambio di x mi impegno a (o a non) divorziare») e l'accordo, da ritenersi valido, in cui il medesimo profilo funge da evento condizionante l'efficacia.

⁶⁷ G. B. FERRI, *Une cause ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del code civil*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1, 14.

⁶⁸ Così Cass., 10.5.2017, n. 11504, cit. e anche Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., la quale, pur avendo respinto, come si diceva, il *revirement* accolto da Cass. n. 11504/2017, sottolinea come la prima operazione richiesta al giudice chiamato a decidere sull'assegno di divorzio sia di comparare la situazione economico-patrimoniale dei coniugi. Se dovesse emergere un divario tra le due posizioni economiche, si dovrà accertare se esso dipenda eziologicamente dagli indicatori contenuti nell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970; indicatori che «sottolineano il significato del matrimonio come atto di libertà e di autoresponsabilità, nonché come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita».

⁶⁹ Trib. Trieste, 19.7.2018, n. 459, Trib. Verona, 20.7.2018, n. 1764 e Trib. Roma, 8.8.2018, n. 16394 tutte in www.cassazione.net.

⁷⁰ Lo sottolinea A. C. NAZZARO, *Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità*, cit., 90, secondo la quale una notevole sproporzione tra le prestazioni è un indice dell'intento dissuasivo dallo scioglimento del matrimonio, con conseguente nullità del contratto prematrimoniale. L'Autrice fonda le Sue riflessioni sulla meritevolezza dell'accordo in quanto equilibrato economicamente.

⁷¹ Una delle sottolineature più significative contenute in Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., è quella del nesso di dipendenza che si crea tra le scelte funzionali alla migliore organizzazione della vita familiare e le conseguenze economico-patrimoniali personali, che svelano il loro "peso" al momento dello scioglimento del matrimonio. Una dipendenza che l'ordinamento giuridico ha preso in considerazione, ritenendo che non si possa lasciare senza tutela quel coniuge che abbia sacrificato la propria posizione economica e le proprie ambizioni lavorative per contribuire ai bisogni della famiglia e alla formazione del profilo economico-patrimoniale dell'altro. Affermano le Sezioni unite che «La relazione coniugale è orientata fin dall'inizio dai principi di libertà ed autoresponsabilità ed il legislatore ha inteso valorizzare la funzione conformativa di

Il commercio di *status*, come si diceva, va accertato nella singola fattispecie concreta, non potendo essere presunto *iuris et de jure*. Anche perché, di regola, i coniugi si separano non già per beneficiare di una concordata differenza di valore tra le prestazioni, ma per l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza.

La Cassazione, insomma, per evitare gli eccessi dell'orientamento restrittivo, espunge forzatamente la crisi coniugale dalla causa di talune pattuizioni, che si sostanziano in veri e propri accordi prematrimoniali. Come pure essa relega al contenuto eventuale dell'accordo di separazione, intese che andrebbero considerate in previsione del divorzio e, ciononostante, ritenute valide. Se in occasione della separazione personale, i coniugi senza prole stabiliscono di vendere la casa familiare di proprietà di uno soltanto e di dividersi il ricavato in una certa percentuale, non si può, *sic et simpliciter*, affermare la nullità di siffatta pattuizione. La quale non solo non integra commercio di *status*⁷², ma non lede neppure i diritti patrimoniali del coniuge economicamente debole⁷³.

questi principi nel regime giuridico dell'unione matrimoniale anche in relazione agli effetti che possono conseguire dopo lo scioglimento del vincolo, senza incidere sulla efficacia solutoria di tale determinazione, volta al riacquisto dello stato libero ma anche senza azzerare l'esperienza della relazione coniugale alla quale si dà forte rilevanza nella forma che prefigura gli effetti di natura economica che conseguono al divorzio. L'immanenza del principio di autoreponsabilità risulta cristallizzata nei criteri fissati nell'incipit dell'art. 6, co. 6 (...).

⁷² Cass., 3.12.2015, n. 24621, cit., ha ritenuto valido l'accordo transattivo concluso dai coniugi durante la pendenza del giudizio di appello, abbandonato successivamente alla transazione con la quale si prevedevano plurime e reciproche assegnazioni di beni. Sono quindi validi gli accordi conclusi *a latere* del giudizio di separazione. Del resto, la Suprema Corte ricorda come in pronunce precedenti sia stata ammessa anche la regolamentazione extraprocessuale dei rapporti con i figli, «purché si pervenga ad un miglioramento degli assetti concordati davanti al giudice» (cfr. Cass., 22.1.1994, n. 657, in *Foro it.*, 1995, I, 2984, secondo la quale gli accordi anteriori o contemporanei al procedimento di omologazione riguardanti il mantenimento della prole sono validi ed efficaci purché migliorativi rispetto a quanto omologato). In dottrina cfr. R. TORRE, *Transazione in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2011, 10, 919 ss.; F. R. FANTETTI, *Autonomia dei coniugi e trasferimenti mobiliari e immobiliari nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 5, 1 ss. (versione *on line*).

⁷³ Se ne avvede in definitiva la stessa Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit., che cassa la sentenza d'appello per non aver valutato, con riguardo alla previsione di trasferire la casa coniugale a un terzo al fine di dividersi in percentuali diverse il ricavato, «quali patti abbiano causa concreta nella [separazione consensuale] e nei doveri di solidarietà familiari, e quali trovino in essa mera occasione mirando a riequilibrare la reciproca situazione patrimoniale in ragione di pregresse dazioni di denaro effettuate da un coniuge in favore dell'altro». Quindi l'accordo traslativo, secondo l'impostazione della Suprema Corte, da un lato può sostituire o integrare l'assegno di divorzio, dall'altro può essere avulso dagli effetti della separazione e del divorzio, dipendendo esclusivamente da pregressi rapporti economici svoltisi durante la vita coniugale. Ma è proprio questa distinzione ad avere poco senso. L'atto ha una funzione unitaria ed è

Ma allora a questo punto della nostra analisi, l'aspetto saliente sul quale riflettere attiene non già alla validità degli accordi in previsione del divorzio, ma all'individuazione dei criteri sulla base dei quali parametrare il giudizio di equità degli accordi medesimi. Solo l'equità consente ai coniugi, ai sensi dell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970, di regolare definitivamente i rapporti economici.

La previsione del giudizio di equità esprime la scelta legislativa di tutela del coniuge economicamente più debole, il quale, se lasciato del tutto libero di autodeterminarsi, potrebbe essere schiacciato dalla forza contrattuale del coniuge abiente.

7. Equità dell'accordo definitivo sugli effetti economici.

La funzione dell'assegno di divorzio si lega, secondo un andamento circolare, al problema della regolazione definitiva dei rapporti economici tra gli ex coniugi e all'equità dell'accordo. Questo è un punto delicato, ignorato da quella sentenza della Cassazione, già ricordata e respinta dalle Sezioni unite della Cassazione, secondo la quale presupposto dell'assegno è la non autosufficienza economica⁷⁴.

Se tale più recente orientamento fosse stato accolto dalle Sezioni unite, vi sarebbe stato un consistente affievolimento della tutela del coniuge più debole, anche con riguardo agli accordi con prestazione in unica soluzione. Si ipotizzi lo svolgimento di una trattativa tra coniugi su beni immobili di proprietà comune o di uno soltanto o sul *quantum* della somma di danaro da attribuire in unica soluzione al fine di chiudere definitivamente i rapporti economici. La trattativa sarebbe stata influenzata dall'orientamento della predetta Cassazione che intendeva subordinare l'*an debeatur* dell'assegno alla condizione obiettiva della mancanza di indipendenza economica.

Nella concretezza dei casi, sarebbe accaduto che il coniuge più danaroso avrebbe tentato di indurre l'altro ad accontentarsi di quanto da egli proposto per chiudere ogni profilo patrimoniale, paventando che, altrimenti, in sede di divorzio contenzioso, il giudice non avrebbe ravvisato l'esistenza del presupposto dell'assegno, essendo la controparte economicamente autosufficiente⁷⁵.

quella di regolamentare gli effetti della crisi coniugale. L'accordo traslativo deve essere posto in relazione all'assegno di mantenimento e di divorzio per capire se esso costituisca la ragione della rinuncia a tali assegni o se di questi ultimi permangano i presupposti. In ogni caso senza predicare, tendenzialmente, alcuna nullità del patto, neppure se raggiunto in previsione del divorzio.

⁷⁴ Cass. 10.5.2017, n. 11504, cit.

⁷⁵ Si consideri anche che manca una espressa e specifica indicazione legislativa su cosa debba intendersi per autosufficienza



Una condotta del genere volta a svalutare il contributo apportato alla vita familiare dal coniuge è stata scongiurata⁷⁶. Secondo le Sezioni Unite della Cassazione, i parametri dell'assegno di divorzio di cui il giudice deve tener conto, tra i quali va riconosciuta «primaria e peculiare importanza»⁷⁷ a quello dell'apporto fornito dall'ex coniuge alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio dell'altro, sono di derivazione costituzionale, giacché attuativi della pari dignità dei ruoli che i coniugi hanno assunto durante la relazione matrimoniale⁷⁸.

Il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) - affermano le Sezioni unite - che «poggia sul cardine costituzionale fondato sulla pari dignità dei coniugi», esige di ricomporre il «profilo soggettivo»⁷⁹ del co-

economica. Così i giudici sono stati costretti ad individuare, non senza un certo arbitrio, un parametro di riferimento. Parametro che finiva comunque per essere artificioso e non espressivo del costo della vita. Cfr. infatti Trib. Milano, ord. 22.5.2017, in www.ilcaso.it, il quale afferma che: «Per indipendenza economica deve intendersi la capacità per una persona adulta e sana – tenuto conto del contesto sociale di inserimento – di provvedere al proprio sostentamento, inteso come capacità di avere risorse sufficienti per le spese essenziali (vitto, alloggio, esercizio dei diritti fondamentali) (...). Un parametro (non esclusivo) di riferimento può essere rappresentato dall'ammontare degli introiti che, secondo le leggi dello Stato, consente (ove non superato) a un individuo di accedere al patrocinio a spese dello Stato (soglia che, ad oggi, è di euro 11.528,41 annui ossia circa euro 1.000 mensili)». Parametro, questo, da integrare con il reddito medio percepito nella zona in cui il richiedente l'assegno vive e abita. Quindi, tendenzialmente, il coniuge che integra il presupposto reddituale di accesso al gratuito patrocinio è considerato privo dell'autosufficienza economica, mentre, di contro, sarebbe economicamente autosufficiente chi guadagna 1.050 euro mensili!

⁷⁶ Trib. Nuoro, 23.8.2018, n. 424, in www.cassazione.net, riconosce l'assegno di divorzio alla ex moglie, titolare di un reddito pari ad euro 997,00 mensili, in quanto è emerso nella fase istruttoria che ella: 1) ha significativamente contribuito alla formazione del patrimonio personale dell'ex marito; 2) non può più beneficiare dell'assegnazione della casa familiare, non convivendo più con i figli; 3) ha corrisposto, quando il marito era disoccupato, alcune rate del mutuo contratto per la edificazione della casa familiare. Ciò in un matrimonio durato 20 anni.

⁷⁷ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit. così si esprime.

⁷⁸ Alcuni tribunali, come si diceva *supra* alla nota 2, si sono mostrati critici nei confronti della sentenza della Cassazione n. 11504/2017, avendo colto che la storia matrimoniale non poteva essere ignorata e cancellata dallo scioglimento del matrimonio. Dalla pronuncia del Trib. Roma, 21.7.2017, cit. emerge come considerare soltanto l'esistenza o meno dell'indipendenza economica conduca a decisioni che obliterano le conseguenze delle scelte matrimoniali. E ciò anche quando quelle scelte non abbiano comunque impedito all'ex coniuge economicamente più debole di essere economicamente autosufficiente. Rispetto a questa considerazione, la sentenza della Cass., n. 11504/2017, cit., da un lato, ha il merito di aver posto la questione della rendita parassitaria e della non irragionevole ultrattività del matrimonio, dall'altro, ha il torto di aver sottovalutato i principi costituzionali della solidarietà e pari dignità. Di conseguenza essa ha appiattito il matrimonio sull'atto, quando, invece, la prospettiva di studio più in linea con il sistema è, come si diceva, quella del matrimonio-rapporto.

⁷⁹ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

niuge con un reddito e un patrimonio inferiore a quello dell'altro. Ciò implica avere contezza delle scelte dallo stesso effettuate per la conduzione della vita familiare, non soltanto al fine di decidere sull'attribuzione dell'assegno di divorzio,⁸⁰ ma anche per accordarsi sul contenuto dell'accordo in unica soluzione.

Durante le trattative per l'attribuzione patrimoniale in unica soluzione, il coniuge che si sia ritrovato privo di reddito o con un reddito decisamente inferiore a quello dell'altro⁸¹, avrà modo di far valere il proprio contributo alla conduzione familiare - si pensi al maggior tempo dedicato alla crescita dei figli - e alla formazione del patrimonio dell'altro. Non fosse altro perché è il rapporto il cuore della vicenda matrimoniale; è il rapporto che se, da un lato, riassume in sé il matrimonio-atto⁸², dall'altro deve guidare, in attuazione dei principi costituzio-

⁸⁰ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit. afferma esattamente che solo attribuendo rilevanza giuridica al contributo e alle scelte di un coniuge, funzionali allo svolgimento della vita matrimoniale, può dirsi che la valutazione di adeguatezza dei mezzi richiesta dall'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 sia effettivamente fondata sui predetti principi e valori costituzionali.

⁸¹ Trib. Trieste, 19.7.2018, n. 459, cit., afferma, in ossequio ai principi espressi dalle Sezioni unite n. 18287/2018, cit., che l'assegno di divorzio non spetta qualora tra le condizioni economico-patrimoniali dei coniugi non vi sia un «divario sensibile. E già questo basterebbe» (così era nel caso concreto). Ma il tribunale ha cura di precisare che l'assegno di divorzio non è dovuto anche perché: a) gli sposi ultraquarantenni lavoravano già prima di contrarre matrimonio; b) non vi è stato alcun apporto familiare tale da incidere negativamente sulla propria condizione economico-patrimoniale. Cfr. anche Trib. Verona, 20.7.2018, n. 1764, cit., che non riconosce l'assegno di divorzio sebbene il reddito degli ex coniugi sia risultato sensibilmente diverso. Ciò in ragione dei seguenti argomenti: 1) la ex coniuge, seppur con un reddito inferiore a quello dell'ex marito, era da considerarsi economicamente autosufficiente; 2) ella non aveva contribuito alla formazione del patrimonio dell'ex marito; 3) la breve durata del matrimonio (dopo 4 anni dalla celebrazione è stata presentata domanda di separazione personale); 4) la ex moglie era proprietaria di un immobile che, per sua scelta, non veniva messo a reddito. Infine, cfr. Trib. Roma, 8.8.2018, n. 16394, cit., il quale, a fronte di una disparità reddituale (1.900, 00 euro mensili lei, 3.500 euro mensili lui), nega l'assegno di divorzio perché: 1) il divario economico non è eziologicamente riconducibile, per quanto emerso, «a determinazioni e a scelte comuni e condivise che hanno condotto [la richiedente l'assegno] ad esplicitare il suo ruolo prevalentemente nell'ambito della famiglia»; 2) non è stato provato che il periodo di lavoro *part-time* come insegnante «abbia pregiudicato gli sviluppi di carriera».

⁸² V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, cit., 169, critica quella corrente di pensiero la quale, nel tentativo apprezzabile di superare l'impostazione soggettivistica del matrimonio, ha finito col capovolgere la prospettiva, assumendo «entro lo schema - sia pur in versione integrata - della fattispecie una vicenda che invece gravita interamente sul rapporto e che come tale appunto acquista rilievo per l'ordine giuridico come matrimonio-rapporto, piuttosto che in funzione di una nuova e diversa figura del matrimonio-atto». L'Autore, prendendo spunto, tra l'altro, dalla disciplina della patologia del matrimonio (artt. 117 ss. c.c.) arriva a sostenere che si è oramai assistito al «definitivo riassorbimento del matrimonio-atto nel matrimonio-rapporto».



nali qui più volte evocati, lo scioglimento attraverso il perfezionamento delle intese.

Ove i coniugi dovessero raggiungere l'accordo sull'unica soluzione, il giudice non ha ampi margini per sindacarne il merito, salvo macroscopiche incongruenze rispetto alle ultime dichiarazioni dei redditi da allegare al ricorso. Ciò in quanto egli, per lo più, non conosce le circostanze rilevanti attinenti alla vita matrimoniale; circostanze verosimilmente non del tutto esplicitate nel testo del contratto e comunque selezionare e valutate dagli stessi coniugi⁸³.

Ad ogni modo, per effetto della pronuncia delle Sezioni unite del 2018, l'accordo in funzione del divorzio è equo ove il suo contenuto garantisca non già l'autosufficienza economica, ma un'adeguata valorizzazione dell'apporto fornito dal coniuge più debole alla vita familiare a detrimento del proprio livello professionale e della propria capacità di reddito. A tale fine vi sono due fattori da considerare: la *durata* del matrimonio, espressamente prevista dall'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970⁸⁴ e *l'età* del coniuge privo di mezzi adeguati. Fattore, quest'ultimo, ugualmente riconducibile a tale articolo nella parte in cui esso si riferisce alle «condizioni dei coniugi».

Secondo le Sezioni unite della Cassazione, la durata del matrimonio è un «fattore di cruciale importanza»⁸⁵ per stabilire il diritto di ricevere l'assegno di divorzio e il suo ammontare, in forza della lettura unitaria dell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970. Si aggiunga che la durata è un elemento particolarmente significativo anche in sede di trattative, iniziate per stabilire l'oggetto della prestazione in unica soluzione. Più è stato lungo il matrimonio, maggiore sarà l'incidenza negativa sulla propria condizione personale ed economico-patrimoniale e, di conseguenza, più elevate potranno essere le pretese economiche.

L'età consente di moderare o rafforzare le pretese del coniuge più debole, essendo un elemento su cui incentrare la valutazione sulle «effettive poten-

zialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione del matrimonio»⁸⁶. Si tratta di verificare, secondo un giudizio prognostico, se vi sia «la concreta possibilità di un adeguato ricollocamento sul mercato del lavoro», rispetto alle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate per attuare l'indirizzo della vita familiare come concordato con l'altro coniuge⁸⁷.

Anche lo stato di salute non può non avere un rilievo nella determinazione del contenuto della prestazione in unica soluzione, soprattutto per chi non sia in grado di lavorare (o non lo sia più a tempo pieno), avendo speso le migliori energie per la conduzione della vita familiare. È sempre dal principio costituzionale di solidarietà e di pari dignità dei coniugi che discende l'esigenza di ridurre il divario economico tra i coniugi, quando questo sia dipeso dall'organizzazione della vita matrimoniale.

Se l'accordo di cui all'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 viene valutato equo dal giudice, non sarà più ammissibile alcuna successiva domanda di contenuto economico, neppure, come ha chiarito una recente pronuncia della Cassazione a Sezioni unite⁸⁸, a tito-

⁸⁶ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

⁸⁷ S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*, cit., (p. 6-7), manifesta giuste perplessità nei riguardi di quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il coniuge privo di un'occupazione può rifiutare proposte di lavoro non attinenti al titolo di studio o all'esperienza professionale in precedenza maturata. «Con la conseguenza che le difficoltà del mercato andranno a detrimento dell'obbligato che dovrà continuare a lavorare anche per mantenere l'ex coniuge, perfino se scontento della propria occupazione lavorativa, eventualmente non adeguata rispetto alla sua formazione e al suo titolo di studio».

⁸⁸ Cass. Sez. un., 24.9.2018, n. 22434, in www.cassazione.net, afferma che il presupposto della pensione di reversibilità, consistente nell'essere l'ex coniuge «titolare di assegno ai sensi dell'art. 5» deve essere inteso «come titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno divorzile, al momento della morte dell'ex coniuge, e non già come titolarità astratta del diritto all'assegno divorzile che è stato in precedenza soddisfatto con la corresponsione in un'unica soluzione». Ciò in quanto, secondo le Sezioni Unite e sulla scia della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, deve ammettersi che «il presupposto per l'attribuzione della pensione di reversibilità è...il venir meno di un sostegno economico che veniva apportato in vita dal coniuge o ex coniuge scomparso e la sua finalità è quella di sovvenire a tale perdita economica all'esito di una valutazione effettuata dal giudice in concreto», che tenga conto di una serie di elementi (e non soltanto della durata del matrimonio) ai fini della quantificazione dell'assegno di reversibilità da corrispondere (ciò nella fattispecie di cui all'art. 5 co. 3 l. n. 898/1970 del concorso tra l'ex coniuge e il coniuge superstite). Quindi, l'ex coniuge ha diritto alla pensione di reversibilità se, al momento della morte dell'altro ex coniuge, era titolare dell'assegno di divorzio e dunque se si trovava in condizioni di difficoltà economica. All'opposto egli non ne ha diritto se ha beneficiato di una prestazione in unica soluzione ai sensi dell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970. Se l'assegno di reversibilità - chiariscono le Sezioni unite - «si giustifica con le stesse ragioni che giustificavano il sostegno economico all'ex coniuge, mediante la corresponsione dell'assegno divorzile», ne consegue che se non sia ha diritto all'assegno di divorzio o se si è già be-

⁸³ C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 7 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*), rileva come «solo una totale trasparenza dei presupposti [di fatto del regolamento contrattuale] permette ex post al Tribunale di valutarne l'equità e di valutare l'opportunità di discostarsi dagli effetti pattuiti al mutare dei presupposti di fatto all'ombra dei quali l'accordo è stato raggiunto. È dunque necessario che il patto sia accompagnato da una *full disclosure* sulla situazione patrimoniale e reddituale di ciascuno». Certo, l'accordo potrà essere, come indica l'Autore, inefficace qualora dovesse produrre effetti manifestamente iniqui. Ciò si verificherebbe qualora il patto privasse il coniuge più debole dei mezzi di sussistenza. In tal caso il patto sarebbe nullo per violazione del principio costituzionale della solidarietà coniugale posto a fondamento della componente assistenziale dell'assegno di divorzio.

⁸⁴ La durata del matrimonio è un elemento di cui tener conto anche nella determinazione dell'assegno di mantenimento; cfr. più di recente Cass., 27.4.2018, n. 10304, in www.cassazione.net.

⁸⁵ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.



lo di pensione di reversibilità (art. 8 coo. 2 e 3 l. n. 898/1970).

8. Rilevanza della contribuzione personale anche dal confronto con altri ordinamenti.

L'art. 160 c.c. e i commi 6 e 8 dell'art. 5 l. n. 898/1970 delineano un sistema coerente di tutela del coniuge più debole. La funzione perequativo-compensativa dell'assegno, che ha un fondamento costituzionale, non può essere elusa dalla parte dotata di una maggiore forza contrattuale. Il giudizio di equità evita che il matrimonio, sulla cui durata ciascuno dei coniugi ha fatto affidamento, sia la causa di arricchimenti di uno ai danni dell'altro, con palese violazione del principio di uguaglianza.

Tale giudizio, sebbene l'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 non ne indichi i criteri ispiratori, deve basarsi su quegli stessi parametri che orientano l'*an* e il *quantum* dell'assegno di divorzio. Solo così il sistema si mostra coerente e unitario. E la ricaduta pratica di questa ricostruzione è rilevante: il coniuge abbiente dovrà essere disponibile a riconoscere che lo squilibrio economico-patrimoniale è dipeso dalle scelte dell'altro e dalla divisione dei compiti attuata durante la fisiologia del rapporto matrimoniale⁸⁹. Altrimenti, sarà il giudice, in sede contenziosa, a imporre un assegno di divorzio che non chiuderà definitivamente i rapporti economici e che terrà conto dell'esigenza perequativa.

L'autonomia negoziale, quindi, è conformata dai principi costituzionali; ma ciò non la depotenzia, rendendola anzi armonica con i principi e i valori posti all'apice dell'ordinamento.

È così anche in altri paesi, dove il matrimonio non può essere veicolo di disuguaglianze posticipate al suo scioglimento. Il *code civil* francese ha attribuito rilievo alla «*disparité que la rupture du ma-*

neficiato della prestazione in unica soluzione, viene meno la ragione dell'attribuzione della pensione di reversibilità.

Questa sentenza è apprezzabile perché giunge a una soluzione coerente con i principi e le regole che informano il sistema della crisi coniugale. Il principio di solidarietà giustifica tanto l'assegno di divorzio quanto la pensione di reversibilità. L'alternativa - rigettata dalle Sezioni unite - di considerare la pensione di reversibilità come un diritto di natura previdenziale, autonomo e diverso dall'assegno di divorzio, avrebbe rotto ingiustificatamente l'unitarietà del sistema.

⁸⁹ R. MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, cit., 230, sottolinea come il dovere di lealtà imposto nella negoziazione assistita esiga di far conoscere all'altro tutti gli elementi di fatto utili al raggiungimento di un accordo contrattuale. Questo procedimento stragiudiziale può essere decisamente utile per evitare la lite giudiziale e per favorire accordi consapevoli - stante l'assistenza dell'avvocato che deve certificare la conformità dell'accordo all'ordine pubblico - sugli effetti della separazione e del divorzio. Il suo limite è dato dalla mancanza del potere del procuratore della repubblica di valutare l'equità dell'accordo.

riage crée dans les conditions de vie respectives»⁹⁰. Per attenuarla, il legislatore d'oltralpe ha esplicitato i criteri posti a fondamento della *prestation compensatoire*. Tra quelli indicati dall'art. 271 *code civil* si segnalano in particolare: «le conseguenze delle scelte professionali fatte da uno dei coniugi durante la vita comune per l'educazione dei figli e per il tempo che ancora a questi ultimi andrà dedicato o per favorire la carriera dell'altro coniuge a scapito della propria»; «il patrimonio stimato o prevedibile, quanto al capitale e al reddito, dopo la liquidazione del regime matrimoniale»; «i loro diritti esistenti o prevedibili»⁹¹.

La somiglianza di quest'articolo con l'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 è emblematica dell'esigenza di riconoscere valore economico al contributo familiare, che, spesso, ha effetti positivi sulla carriera e sulla posizione economica dell'altro. Diversamente, si ridurrebbe in modo contraddittorio la distanza tra il matrimonio e le altre formazioni sociali di tipo familiare⁹².

⁹⁰ L'art. 270 *code civil* prende in considerazione proprio l'esigenza di compensazione, che può scaturire dal divorzio rispetto a certi fatti occorsi durante il matrimonio o futuri (cfr. anche art. 271 *code civil*).

⁹¹ Stabilisce l'art. 271 *code civil* che il giudice, nel determinare l'ammontare della somma dovuta a titolo di *prestation compensatoire*, tiene conto di diverse circostanze tra cui: «la durata del matrimonio, l'età e lo stato di salute del coniuge, la qualificazione e la situazione professionale dei coniugi e le conseguenze delle scelte professionali fatte da uno dei coniugi durante la vita in comune per l'educazione dei figli e per il tempo che sarà ancora necessario o per favorire la carriera del proprio congiunto a detrimento della propria». L'art. 271 dà rilevanza anche a probabili eventi futuri quali la pensione.

⁹² Il tema della esclusività o meno del matrimonio quale istituto in grado di dare vita ad una famiglia è ancora aperto (cfr. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 881 ss.). La legge sulle unioni civili, almeno nelle intenzioni del legislatore, ha scavato un solco tra le unioni civili e la famiglia (cfr. P. ZATTI, *Introduzione al Convegno «Modelli familiari e nuovo diritto»* (Padova 7-8.10.2016), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, 1665). Se può essere dubbio che l'unione civile sia un istituto dal quale non scaturisca la famiglia, certamente non possono essere equiparate tutte le formazioni sociali di tipo familiare. La tutela da riservare al convivente *more uxorio* a seguito della cessazione della convivenza di fatto non può essere quella del coniuge che addiva allo scioglimento del matrimonio. Ciò in quanto matrimonio e convivenza di fatto postulano una scelta di vita sostanzialmente diversa in punto di diritti e di doveri (cfr. l'art. 143 c.c. rispetto all'art. 1, coo. 36-39, l. n. 76/2016). Rileva giustamente C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio* (...), cit., 9-10, come il *revirement* della Cassazione (n. 11504/2017) sull'*an debeat* dell'assegno divorzile (rigettato da Cass. Sez. un. n. 18287/2018, cit.) determini un avvicinamento della posizione del coniuge non economicamente autosufficiente al convivente di fatto che, ai sensi dell'art. 1, co. 65, l. 76/2016, «versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento». In tal caso, sul presupposto della cessazione della convivenza di fatto, il convivente ha diritto di ricevere dell'ex compagno gli alimenti «nella misura determinata ai sen-



All'opposto, va rilevato che il matrimonio, svuotato della sua sostanza, non legittima di per sé, in caso di suo scioglimento una pretesa economica. In questa prospettiva si spiega il § 1579, co. 5, BGB che attribuisce al giudice il potere di «*respingere, ridurre o limitare* temporalmente una pretesa di mantenimento (...), [qualora] l'avente diritto [abbia] violato gravemente, prima della separazione, per lungo tempo, il suo obbligo di contribuire al mantenimento della famiglia». Questa regola conferma lo stretto legame tra contribuzione ed effetti economici del divorzio, a dimostrazione, ancora una volta, della prevalenza del rapporto sull'atto di matrimonio.

Va sottolineato però che la disciplina tedesca spinge molto di più rispetto a quella italiana, soprattutto in assenza di prole, al reinserimento del coniuge debole nel mondo del lavoro. Il § 1570 BGB stabilisce che il mantenimento può essere ottenuto da un ex coniuge fino a quando «da egli non possa pretendersi l'esercizio di un'attività produttiva in ragione della cura e dell'educazione di un figlio comune».

Il codice tedesco, da un lato, circoscrive accuratamente i casi in cui si ha diritto all'assegno (§§ 1571- 1573), dall'altro, con riguardo all'ipotesi in cui non si abbia un lavoro, si prevede sia il dovere di compiere «sforzi» per reperirlo sia la possibilità di limitare temporalmente il mantenimento (§ 1573, co. 5), prevedendone altresì ipotesi di limitazione o di esclusione a fronte di fatti gravi (§ 1579). Con ciò si valorizza maggiormente l'autoresponsabilità economica.

Ad ogni modo anche in altri ordinamenti l'assegno di divorzio si lega alla struttura e all'organizzazione della vita matrimoniale, con diverse sensibilità legislative in punto di cessazione dell'assegno.

9. Accordo in previsione del divorzio e accordo prematrimoniale: tra validità ed esigenze di riforma.

Si è cercato di dimostrare che gli artt. 160, 156 coo. 1 e 7 c.c., 5, coo. 6 e 8 e 9, co. 1, l. n. 898/1970 non precludono ai coniugi di accordarsi, fin dalla separazione, per regolare definitivamente i loro rapporti economici. La tesi qui sostenuta, che ne ammette la validità, non entra in contraddizione con l'inderogabilità di cui all'art. 160 c.c., con il principio d'indisponibilità dello *status*, con il divieto del commercio di *status* e con la garanzia costituzionale della tutela del coniuge economicamente debole.

si dell'art. 438 c.c.». Certamente quest'avvicinamento stride, stante la diversità strutturale e funzionale del matrimonio rispetto alla convivenza di fatto.

La giurisprudenza della Cassazione dissente da tale impostazione, ritenendo nullo l'accordo in previsione del divorzio; una nullità, come si diceva, ancor più infondata in ragione della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione citata in apertura con la quale è stata affermata la doppia funzione dell'assegno di divorzio e la prevalente disponibilità dei diritti che vengono in rilievo nella crisi coniugale. Tuttavia, se quest'orientamento restrittivo dovesse permanere, appare necessario un intervento legislativo; soprattutto perché i coniugi in crisi manifestano spesso la volontà di regolamentare fin da subito, e definitivamente, i profili patrimoniali, senza essere costretti a ridiscuterli in sede di scioglimento del matrimonio.

Siffatto interesse è rilevante e l'ordinamento non ha ragioni per ostacolarlo, soprattutto se l'accordo è equo. Oltretutto l'assegno post-matrimoniale perpetua la dipendenza economica e la conflittualità⁹³, in aperto contrasto con quella linea di fondo dell'ordinamento, sempre più marcata, di contenimento del dissidio nella crisi coniugale. Sia consentita allora qualche considerazione *de iure condendo*.

Per garantire la validità di tali accordi, occorrerebbe modificare l'istituto della separazione personale. O nel senso di abrogarlo, accogliendo così il modello tedesco che conosce soltanto il divorzio (§§ 1564 ss. BGB)⁹⁴ o di renderlo facoltativo com'è in Francia⁹⁵. È ragionevole ipotizzare che quest'ultima soluzione avrebbe maggiori possibilità di essere condivisa dal legislatore italiano, temperando, senza radicalismi, la libertà degli individui con l'esigenza di preservare il matrimonio⁹⁶.

⁹³ E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita» e «autoresponsabilità»: «persone singole senza passato»?», cit., 10. Cfr. anche: E. AL MUREDEN, *Tenore di vita e assegno di mantenimento tra diritto ed econometria*, cit., 39 ss.; C. RIMINI, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, 412 ss.*

⁹⁴ Analogamente dispongono i «*Principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*». La parte I del documento è dedicata esclusivamente al divorzio, senza che si preveda una *status* intermedio, qual è la separazione. Il principio 1:3 stabilisce che «La legge permette sia il divorzio per mutuo consenso sia il divorzio senza il consenso di uno dei coniugi».

⁹⁵ La *séparation de corps* (art. 296 *code civil*) può essere pronunciata soltanto se i coniugi sono d'accordo, altrimenti, «*lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'alteration définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle [en séparation de corps] ne peut tendre qu'au divorce*» (art. 297 *code civil*).

⁹⁶ Va comunque riconosciuto che l'esigenza di non favorire scioglimenti frettolosi del matrimonio - ciò che sminuirebbe il rilievo costituzionale di quest'ultimo agli occhi dei consociati - può essere garantita anche da un ordinamento che preveda esclusivamente il divorzio. La disciplina tedesca costituisce un modello avanzato, in grado di coniugare la libertà personale con il valore della stabilità del matrimonio. Il §1565 BGB stabilisce che il matrimonio può essere sciolto per divorzio se i coniugi vivono già da un anno da separati e se presentano una domanda congiunta o se la parte che non ha presentato la domanda dia la





Una riforma del genere aprirebbe la strada agli accordi di sistemazione definitiva dei rapporti economici, superando quella giurisprudenza che, per ritenere valido un tale patto, deve sforzarsi di slegarlo dal cosiddetto contenuto necessario del negozio di separazione. Se fosse possibile ottenere direttamente la sentenza di divorzio, semplicemente indicando nel ricorso di vivere separati da un certo tempo (sul modello dell'art. 238 *code civil* o degli artt. 1565-1567 BGB), i coniugi potrebbero raggiungere subito un accordo sulla corresponsione in unica soluzione⁹⁷. E il giudice ne valuterebbe l'equità.

Quest'ipotesi di riforma appare ancor più necessaria dopo quella recente sentenza con la quale la Cassazione ha confermato il proprio orientamento secondo il quale l'assegno di mantenimento è volto a garantire un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio⁹⁸. Ma gli argomenti addotti a sostegno⁹⁹ sono diventati ancor più fragili

sua approvazione (§ 1566 BGB). Il comma 2 del § 1566 BGB stabilisce che «si presume inconfutabilmente che il matrimonio sia in stato di disfacimento se i coniugi vivono da tre anni separati». Significativa è anche la disposizione secondo la quale se il requisito del decorso del tempo non è ancora maturato, il matrimonio può essere sciolto ugualmente, fin da subito, se la sua continuazione «costituisca per colui che propone la domanda, per cause relative alla persona dell'altro coniuge, un pregiudizio imprevedibile». Si pensi alla violenza domestica, anche soltanto psicologica, che pregiudica fortemente la qualità della vita di chi la subisce. Da questo angolo di osservazione, l'art. 3 l. n. 898/1970 appare, al contrario, sbilanciato verso il valore della conservazione del matrimonio nel legare i casi di scioglimento immediato del matrimonio soltanto alle condanne penali per certi reati.

⁹⁷ G. BONILINI-A. NATALE, *Gli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 2962, attribuiscono grande importanza alla corresponsione in unica soluzione, pur rilevandone le difficoltà applicative. De *jure condendo*, è ragionevole ritenere che, se si potesse addvenire subito al divorzio senza dover passare dalla separazione, vi sarebbe maggiore spazio per l'accordo sull'*una tantum*, soprattutto qualora vi sia il desiderio di ottenere, come affermano gli Autori, «uno stacco definitivo da un rapporto, oramai, irrimediabilmente cessato».

⁹⁸ Cass. 16.5.2017, n. 12196, in *Fam. e dir.*, 2018, 4, 330 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1795 ss., con nota di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*. Questa sentenza è intervenuta dopo quella della Cassazione n. 11504/2017, cit. In essa si afferma che, sebbene quest'ultima sentenza abbia previsto che l'assegno di divorzio è volto a garantire l'autosufficienza economica (orientamento poi rigettato da Cass. Sez. un., n. 18287/2018, cit.), con riguardo all'assegno di mantenimento deve essere confermata la sua funzione di assicurare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.

⁹⁹ Cass. 16.5.2017, n. 12196, cit., basa il *decisum* su due argomenti: 1) la diversità di effetti della separazione e del divorzio. Si sottolinea che nella prima permane il dovere di assistenza materiale attuato proprio dal mantenimento. Il divorzio, invece, sciogliendo il matrimonio, sarebbe incompatibile con il perdurare di un tenore di vita analogo al matrimonio; 2) l'assegno di mantenimento avrebbe un fondamento costituzionale nell'art.

dopo l'intervento delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio.

Queste ultime hanno affermato che il criterio del tenore di vita matrimoniale è extra-legale, non essendo menzionato nell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, né deducibile dai principi costituzionali invernati in tale articolo. Ora poiché anche l'art. 156, co. 6, c.c. si esprime analogamente all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, adoperando l'espressione «non abbia adeguati redditi propri», si dovrebbe escludere anche con riguardo all'assegno di mantenimento per la illegittimità del parametro del tenore di vita. Si obietterà, come del resto fa la Cassazione¹⁰⁰, che la diversità di effetti tra separazione e divorzio impone di ragionare diversamente, a seconda che venga in rilievo l'assegno di mantenimento o quello di divorzio.

Ma così opinando, ferma l'extra-legalità del criterio, si finisce per ragionare in astratto, perché vi sono casi i cui i coniugi in crisi hanno già deciso di sciogliere il matrimonio, ancor prima di ottenere il pronunciamento sulla separazione¹⁰¹. Non a caso l'ordinamento ha ridotto considerevolmente i tempi della separazione (art. 3 n. 2 let. b come modificato dalla l. n. 55/2015), proprio al fine di rafforzare l'interesse allo scioglimento del vincolo.

La ricostruzione della Cassazione a Sezioni unite sulla funzione dell'assegno di divorzio deve essere estesa anche all'assegno di mantenimento, non essendo coerente che il criterio del tenore di vita, stante l'avviarsi del matrimonio verso lo scioglimento, sia conservato per l'assegno di mantenimento. Oltretutto, distinguendo la funzione dei due assegni, si favorisce la conflittualità tra i coniugi, divenendo la separazione personale terreno di scontro per ottenere un assegno di mantenimento di importo decisamente maggiore rispetto a quello che potrà essere preteso in sede di scioglimento del matrimonio. Il che non agevola certo gli accordi, tanto meno definitivi, in sede di separazione; anzi l'attuale orientamento sull'assegno di mantenimento disincentiva proprio la separazione consensuale.

Insomma, l'intervento legislativo appare necessario per rendere il sistema più coerente rispetto allo spazio già ampio riconosciuto all'autonomia negoziale dei coniugi e alla linea di *policy* tesa a favorire lo scioglimento del matrimonio. Solo qualche considerazione finale sui patti prematrimoniali.

Si è osservato come la Cassazione si sia piegata a ricostruzioni incerte, pur nell'intento di affermare la validità soltanto di certi accordi conclusi prima del matrimonio e ritenuti estranei agli effetti della

29 Cost. e quindi nel ruolo rilevante riconosciuto alla famiglia matrimoniale.

¹⁰⁰ Cass. 16.5.2017, n. 12196, cit.

¹⁰¹ I dati ISTAT su matrimoni e divorzi in Italia evidenziano un considerevole aumento dei divorzi soprattutto dopo l'entrata in vigore della l. n. 55/2015 sul c.d. divorzio breve.

separazione e del divorzio¹⁰². La strada della generale validità degli accordi prematrimoniali passa allora dall'intervento legislativo¹⁰³.

La loro introduzione, di cui la politica ha discusso¹⁰⁴, determinerebbe almeno tre vantaggi significativi: a) diminuzione della conflittualità tra i coniugi, i quali perverrebbero alla separazione e al divorzio più agevolmente; b) più efficace tutela dei figli che, verosimilmente, subirebbero minori contrasti tra i genitori; c) riduzione dei costi della separazione e del divorzio, poiché entrambe verrebbero pronunciate per lo più con la negoziazione assistita, non essendoci divergenze (salvo se originate dall'adeguamento del patto), con conseguente alleggerimento del carico giudiziario.

Aspetti fondamentali di una futura disciplina dei patti prematrimoniali attengono alla delimitazione dell'oggetto¹⁰⁵, delle condizioni di validità e dei li-

miti al potere giudiziale di adeguarne in certi casi il contenuto. Tali patti esprimono una valutazione prognostica di quella che sarà la propria condizione economico-patrimoniale in caso di scioglimento del rapporto, a prescindere dall'effettivo andamento della vita coniugale.

Ora, sebbene un potere correttivo del giudice dovrebbe essere tendenzialmente escluso, posto che la ragion d'essere dei patti prematrimoniali è di evitare l'applicazione della disciplina della crisi coniugale¹⁰⁶ e la negoziazione durante la fine del matrimonio, non si può escludere che, talvolta, fatti originari (ad es.: la mancanza di una consulenza legale che dovrebbe essere obbligatoria per legge) o sopravvenuti (figli, problemi di salute, pesante penalizzazione di un coniuge) possano legittimare una nullità o un'integrazione/revisione dell'accordo¹⁰⁷. Rimarrebbe applicabile l'art. 1467 c.c.

Si dubita, inoltre, della validità del patto prematrimoniale che escluda l'attribuzione dell'assegno di divorzio e di ogni altra misura volta a sollevare dalla grave difficoltà economica il coniuge più debole; come pure dovrebbe ritenersi invalido il patto prematrimoniale insostenibile per la parte gravata, tanto da impedirle di provvedere ai propri bisogni.

In sostanza un futuro provvedimento legislativo sui patti prematrimoniali dovrebbe prevedere la possibilità di rinunciare, in tutto o in parte, al mantenimento ma non agli alimenti e ad ogni forma di sostentamento. Una tale disposizione sarebbe coerente rispetto a quanto affermato dalle Sezioni unite

¹⁰² Cass., 21.12.2012, n. 23713, cit., criticata puntualmente da S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 880 ss., soprattutto perché la pronuncia, nel qualificare la scrittura privata sottoscritta prima del matrimonio, unitamente a un accordo ad essa collegato (che prevedeva il trasferimento di un titolo di stato in funzione perequativa di quanto ricevuto dal marito), quale *datio in solutum* sospensivamente condizionata al fallimento del matrimonio, tenta malamente di celare la sostanza di un accordo prematrimoniale. La Suprema Corte reputa valido il contratto perché estraneo alla nozione di accordo prematrimoniale. Il quale - si legge nella sentenza - è davvero tale se è volto a «regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti». Invero, non sembra qualificante questa perimetrazione incentrata sull'oggetto. L'altra ragione di validità indicata dalla Cassazione starebbe nella natura non meramente potestativa della condizione sospensiva del fallimento del matrimonio, il cui avveramento dipende da un fattore oggettivo.

¹⁰³ S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 884 ss. Cfr. anche: G. OBERTO, «Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss.; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, I, 69 ss.; A. FUSARO, *Marital contracts, Everträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475 ss.; A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 2, 173 ss.

¹⁰⁴ La Proposta di legge n. 2669 (XVII legislatura) presentata il 15.10.2014 alla Camera dei Deputati prevede l'introduzione dopo l'art. 162 c.c. di un nuovo art. 162-bis c.c., riguardante la forma e il contenuto degli accordi prematrimoniali. Diversamente, il disegno di legge del 18.3.2011, n. 2629 («Modifiche al codice civile e alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali») prevede l'introduzione di un nuovo comma 5° nell'art. 162 c.c., in cui si riconosce ai nubendi di stipulare un patto prematrimoniale. Si prevede la possibilità di stabilire un «criterio di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali predisposte con gli accordi prematrimoniali».

¹⁰⁵ Negli Stati nordamericani, i *prenuptial agreement* hanno un oggetto complesso, regolando non solo gli obblighi di mantenimento conseguenti al divorzio, ma anche il regime patrimoniale secondario e la successione *mortis causa*.

¹⁰⁶ il disegno di legge n. 2629/2011 consente ai nubendi che concludono un accordo prematrimoniale di escludere «l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898». Di conseguenza ove tale patto, al verificarsi della crisi coniugale, dovesse risultare iniquo, non vi sarebbe possibilità di ricondurlo ad equità. Invece, il patto prematrimoniale che regola in via anticipata eventuali pretese restitutorie giustificate dalla fine del matrimonio dovrebbe essere assoggettato al giudizio *ex post* di equità. Un'equità sulla quale incidono sia la durata del matrimonio, sia la presenza di figli. Il giudice, nel valutare il patto, dovrebbe tener conto del principio di proporzionalità che informa il dovere di contribuzione (art. 143, co. 3, c.c.). La corresponsione di un indennizzo in esecuzione di un accordo prematrimoniale ha una causa propria nella misura in cui quanto prestato da un coniuge (ad esempio per ristrutturare l'immobile di proprietà dell'altro) ecceda quanto dovuto a titolo di contribuzione ai bisogni della famiglia. Sulla questione della ripetibilità delle elargizioni sproporzionate effettuate in esecuzione di un contratto di convivenza *more uxorio* (ex art. 1, co. 53, l. n. 76/2016) cfr. S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 886.887, la quale propende per la tesi della derogabilità del principio di proporzionalità tra conviventi di fatto. Di conseguenza, il convivente che abbia contribuito maggiormente non ha diritto alla restituzione degli arricchimenti fatti propri dall'altro.

¹⁰⁷ A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in *Biblioteca della fondazione del not.*, cit., 16 ss., dà conto di questa eventualità trattando del caso inglese *Radmacher v. Granatino* e svolendo un'interessante disamina della giurisprudenza tedesca sulla legittimità del controllo degli *Eheverträge*.

sulla duplice funzione dell'assegno di divorzio e sulla relativa disponibilità dei diritti in materia.

Il tema è complesso e non può essere in questa sede sviluppato oltre. Preme però segnalare che le soluzioni prospettate in Italia nei diversi disegni di legge appaiono lacunose rispetto all'elaborazione presente nei sistemi di *common law* e di *civil law* (soprattutto in Germania), in cui, com'è noto, sono più diffusi i *pre-nuptial agreements*¹⁰⁸.

Fino a quando il nostro legislatore non interverrà¹⁰⁹, il patto prematrimoniale, diversamente da quanto ritenuto dalla Cassazione, deve essere considerato valido ma assoggettabile al giudizio di equità o, in alternativa, a clausole di rinegoziazione¹¹⁰.

L'autonomia contrattuale dei coniugi (o dei *nubendi*) non è avversata dall'ordinamento, ma contenuta con la tutela del coniuge che, al momento della crisi coniugale, si scopra economicamente debole a causa dell'indirizzo impresso alla vita matrimoniale.

¹⁰⁸ A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, cit., 8 ss.; E. AL MUREDEN., *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 54 ss.; G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del not.*, cit., 76 ss., prospetta un'articolata proposta di legge in materia di accordi preventivi, attenta ai diversi profili che vengono in rilievo.

¹⁰⁹ G. VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, cit., 148, osserva che l'apertura «ad un metodo normativo, ma anche esegetico-valoriale, (...) ha consentito un'evoluzione cauta e radicale del sistema».

¹¹⁰ S. LANDINI, *Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del not.*, cit., vol. I, 249 ss., sviluppa questa prospettiva, criticando l'applicazione dell'art. 2932 c.c. in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare previsto in una clausola del patto prematrimoniale, preferendo la previsione, nella clausola stessa, di meccanismi di "giustizia privata" (conciliatore, arbitro).

Materiali e commenti

DIRITTO DEI FIGLI AD ESSERE AMATI?

Di Marina Pezzola

SOMMARIO: 1. Il caso ed il problema: sono compatibili ‘diritto’ e ‘amore’? – 2. La rilevanza giuridica dei “fatti di sentimento”. – 3. Il diritto all’assistenza morale dei figli come “diritto all’amore”: il definitivo ingresso della dimensione affettiva nell’ordinamento. – 4. La prospettiva delle fonti extracodicistiche: diritto dei figli ad essere amati e diritto di crescere in famiglia

ABSTRACT. Muovendo da Cass., 14 febbraio 2018, n. 3594 laddove si afferma che la stabilità affettiva è un’esigenza imprescindibile per il minore, lo scritto si interroga se nell’ordinamento attuale sia configurabile un diritto soggettivo all’affetto dei genitori.

Cass., February 14th 2018, n. 3594 affirms that the affective stability is an essential requirement for the child, the paper investigate if it could be configured a subjective right to the affection of the parents.



1. Il caso ed il problema: sono compatibili ‘diritto’ e ‘amore’?

La sentenza in esame costituisce l’ultima tappa di una complessa vicenda giudiziaria che ha riguardato una minore, sin dai suoi primi mesi di vita.

28 La Corte d’Appello di Torino¹, confermando la decisione del Tribunale per i minorenni², ne ha dichiarato lo stato di adottabilità.

Nonostante il rigetto da parte della Cassazione³ del ricorso proposto contro la decisione della Corte d’Appello, essa è passata in giudicato, ma è stata impugnata per revocazione. All’esito del giudizio così instaurato, la Suprema Corte⁴ ha revocato la sentenza n. 25213/2013 e cassato, con rinvio, la decisione della Corte d’Appello di Torino: e ciò nel convincimento che non fossero emersi elementi concreti, idonei ad integrare la fattispecie dello stato di abbandono materiale e morale della minore che – com’è noto – costituisce il presupposto fondamentale della dichiarazione di adottabilità ai sensi dell’art. 8 della Legge 4 maggio 1983, n. 184, “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”. Secondo la Corte di legittimità, inoltre, il giudice di secondo grado aveva erroneamente considerato determinanti l’età avanzata dei genitori e l’episodio (poi peraltro escluso dalla sentenza della Cassazione penale del 12 giugno 2013) dell’abbandono in stato di pericolo della bambina.

Ancorché fosse nel frattempo intervenuta e passata in giudicato la sentenza di adozione della minore, la Corte d’Appello di Torino, in diversa composizione, è stata dunque nuovamente chiamata a pronunciarsi sullo stato di abbandono. In questa occasione la Corte⁵ ha affermato di condividere la precedente valutazione circa lo stato di abbandono della bambina in ragione di gravi carenze genitoriali e non emendabili in tempi adeguati alla crescita; giungendo ad affermare che “il lungo periodo in cui i genitori hanno continuato a incontrare la bambina, con l’aiuto degli operatori, non [ha] consentito la strutturazione di alcun legame “nutritivo” e funzionale per il benessere di R. (ma, anzi, [è] stato per la bambina fonte di sofferenza), e, nonostante la compliance, indubbia, dei signori D. rispetto ai tempi e alle modalità degli incontri previsti, e nonostante il sostegno ricevuto dai professionisti interpellati, non è stata neppure prospettata l’ipotesi dell’esistenza di un concreto margine di cambiamento”.

La Cassazione, con la pronuncia in commento, ha dunque respinto il ricorso proposto avverso la decisione della Corte territoriale, confermando lo stato di adottabilità. In particolare, ha escluso la

censurabilità in sede di legittimità dell’accertamento svolto ed ha precisato che la sentenza impugnata non ha violato i principi ai quali era tenuta ad attenersi in sede di rinvio. La decisione non è infatti fondata esclusivamente sui due elementi dell’episodio di abbandono e dell’età dei genitori, ma su una pluralità di fattori che, valutati nel complesso, sono risultati decisivi in quanto caratterizzanti il profilo personale e l’(in)idoneità genitoriale dei ricorrenti.

In particolare la Cassazione ha affermato che, benché i genitori non si trovino in una situazione di emarginazione sociale, culturale ed economica, e abbiano sempre tenuto un comportamento collaborativo, permane la valutazione tecnica negativa circa la loro idoneità, specie con riferimento ad “una complessiva incapacità non emendabile di comprendere quali siano i bisogni emotivo-affettivi e pratici della minore, risultando il padre totalmente dipendente dalle aspettative e desideri della moglie e quest’ultima chiusa in un processo narcisistico che le impedisce di percepire la minore come un investimento affettivo”. È in relazione a tali carenze che la Corte d’Appello aveva condiviso la valutazione, compiuta in primo grado, circa lo stato di abbandono della minore; considerando giustificata e proporzionata, al fine della sua tutela, l’iniziale decisione di allontanarla dal nucleo familiare d’origine “tenendo a mente l’interesse della minore non già ad avere una famiglia “migliore”, ma a vedersi assicurata una crescita sana, adeguata assistenza e stabilità affettiva”.

La linea argomentativa seguita dalla Corte d’Appello di Torino, e condivisa dalla Suprema Corte, lascia agevolmente intendere come, tra gli elementi valorizzati ai fini della valutazione del ‘best interest’ della minore, rientrino i bisogni affettivi: che assumono rilevanza in quanto strumentali rispetto ad un sano sviluppo.

Inoltre, l’esigenza di stabilità affettiva è annoverata tra quelle imprescindibili per la minore e risulta, per tale ragione, apprezzabile dal giudice ai fini della dichiarazione di adottabilità.

La sentenza offre quindi lo spunto per qualche riflessione su un tema non del tutto nuovo, ma al quale anche i recenti interventi del legislatore⁶ hanno restituito attualità. Viene da chiedersi in particolare se nell’ordinamento attuale sia configurabile un diritto soggettivo all’affetto dei genitori; o, in altre parole, se esista un vero e proprio diritto dei figli ad essere amati.

¹ App. Torino, 22.10.2012, n. 150, *inedita*.

² Trib. Minorenni Torino, 16.08.2011, n. 4, *inedita*.

³ Cass., 08.11.2013, n. 25213, in *Foro it.*, 2014, I, 59.

⁴ Cass., 30.06.2016, n. 13435, in *Foro it.*, 2016, I, 2319.

⁵ App. Torino, 11.03.2017, n. 21, in *Foro it.*, 2017, I, 1184.

⁶ L. 10.12.2012, n. 219 “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”; d. lgs. 28.12.2013, n.154 “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”; l. 20.5.2016, n. 76 “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”.



La nostra dottrina ha già coniato, proprio per i figli, l'espressione 'diritto all'amore', inteso quale diritto fondamentale della prole, diretto a tutelare l'interesse essenziale a ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno, al tempo della propria formazione⁷. Ma a tale ricostruzione si può contrapporre l'interrogativo di chi si è chiesto: "Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore? O appartengono a logiche conflittuali, tanto che l'una o l'altra cercano reciprocamente di sopraffarsi?"⁸.

La contrapposizione può essere resa in modo ancora più concreto. Da un lato, si può sostenere che la recente riforma della filiazione, riconoscendo ai figli il diritto all'assistenza morale, abbia con ciò garantito loro il diritto di ricevere dai genitori l'apporto affettivo necessario alla crescita e alla maturazione della persona: quindi, senza che ciò suoni come metafora, il diritto ad essere amati.

Tuttavia, la tradizionale obiezione che si può muovere a tale assunto è che la legge non può imporre sentimenti⁹. La configurabilità di un diritto soggettivo ad essere amati, quindi, esige che sia positivamente risolta la questione della rilevanza giuridica dei sentimenti¹⁰. La difficoltà che si incontra è evidente, dal momento che tradizionalmente si tende a ricondurre la materia dei sentimenti a fenomeni connotati da libertà e spontaneità: caratteristiche antitetice rispetto alla categoria dell'obbligo e alla coercibilità della condotta dei privati.

2. La rilevanza giuridica dei "fatti di sentimento".

Com'è noto, va ascritta al merito di Angelo Falzea l'elaborazione di una teoria giuridica dei fatti di

sentimento.¹¹ Sebbene tra le figure in cui si distinguono i fatti di coscienza – volontà, conoscenza e sentimento – quelli di sentimento siano i meno studiati nella prospettiva giuridica, le difficoltà di regolamentare tale materia non impediscono di affermarne la rilevanza giuridica purché il sentimento raggiunga una manifestazione sociale sufficiente. I sentimenti rispetto ai quali il diritto prende posizione si distinguono per la loro 'polarizzazione', positiva o negativa, quali "sentimenti-valori" e "sentimenti-disvalori"¹². Alla opposta polarizzazione corrispondono diverse situazioni giuridiche, tramite le quali il diritto garantisce i primi e combatte i secondi.

Ancorché la rilevanza dei sentimenti non sia stata indagata all'interno degli ordinamenti positivi, e di riflesso la teoria generale del diritto non abbia avvertito l'esigenza di dotarsi di categorie dogmatiche per i fenomeni di sentimento quali fenomeni giuridici propriamente detti, Falzea ammette che ai sentimenti possa essere riconosciuto un posto importante tra essi. Osserva, infatti, che i sentimenti riflettono situazioni di interesse e che la nozione giuridica di interesse conduce alla categoria generale del valore e al problema dei suoi rapporti con il diritto. Il sentimento, allora, assume un ruolo nel quadro dei fenomeni giuridici in quanto è definito quale "organo attraverso cui la coscienza individuale si mette in rapporto con i valori. Se quindi le situazioni giuridiche sono essenzialmente legate a certi valori chiamati interessi, è da supporre che al fondo di ogni interesse e perciò di ogni situazione giuridica ci siano e si possano scoprire fenomeni di sentimento i quali, perciò, dovrebbero figurare ampiamente e con spiccato rilievo tra gli altri fenomeni del diritto"¹³.

Il sentimento come fatto giuridico è dunque configurabile allorché la fattispecie definita dalla norma contempli stati o eventi emozionali. Sicché l'interrogativo cui è chiamata a rispondere una teoria giuridica del sentimento riguarda la possibilità della sua rilevanza positiva.

La risposta offerta da Falzea è affermativa: al pari che nelle norme etiche e sociali, anche in quelle giuridiche il sentimento può essere contemplato sia nella fattispecie effettuale sia in quella causale.

⁷ C. M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla Riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. famiglia*, 2006, fasc.1, I, p. 208.

⁸ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Laterza, Roma; Bari, 2015, p. 3: "Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore? O appartengono a logiche conflittuali, tanto che l'una o l'altra cercano reciprocamente di sopraffarsi? [...] Siamo di fronte ad un conflitto, combattuto però non ad armi pari, con il potere concentrato sostanzialmente dalla parte del diritto, che lo esercita come strumento di disciplinamento dell'amore, fino a negare alla persona la libertà di innamorarsi."

⁹ M. PARADISO, *La comunità familiare*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 32 ss., il quale rileva la pericolosità di quelle tendenze dottrinarie che attribuiscono rilevanza giuridica ai sentimenti "che vengono assunti non quale "dato grezzo", quale "ratio" delle norme o mero criterio concorrente di valutazione dei comportamenti".

¹⁰ P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale (Art. 315 bis c.c. come inserito dall'Art. 1 comma 8, L. n. 219/2012)*, in C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 73 e ss.

¹¹ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 437 ss..

¹² A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 455: "la conformità o difformità tra i valori racchiusi in certi sentimenti e i valori giuridici deve raggiungere un grado di intensità apprezzabile per ottenere l'approvazione o la riprovazione del diritto e quindi per dare luogo a una qualificazione giuridica nettamente positiva o nettamente negativa."

¹³ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 441.

Sempre che, come anticipato, esso raggiunga una adeguata manifestazione sociale, ancor più necessaria perché nelle norme giuridiche si accentuano i caratteri dell'oggettività e dell'esteriorità. Il sentimento può dunque acquisire rilevanza se assume la forma del fatto giuridico, e così comparire nella fattispecie ovvero negli effetti della norma; senza, tuttavia, che possa da solo esaurirne gli elementi.

Di qui una notazione decisiva anche per le riflessioni sulla sentenza in esame e sull'interrogativo posto in apertura: il sentimento non rileva se non in ragione di una sua esteriorizzazione, che deve necessariamente avvenire attraverso altri fatti. Gli eventi e gli stati emozionali necessitano, cioè, di fatti manifestativi, attraverso i quali acquistano forma giuridica e divengono oggettivamente osservabili: perché "i fatti sono in grado di varcare la soglia del diritto solo se riescono a esteriorizzarsi e la loro esteriorizzazione è affidata ad altri fatti: appunto a fatti di vita o a comportamenti."

Si pone così il problema dei rapporti tra sentimento e comportamento. Per acquisire rilevanza, il sentimento deve entrare in una fattispecie complessa, composta sia dal fatto interiore affettivo sia dal fatto esteriore, appunto il comportamento. Ed il nesso tra i due fatti, interiore ed esteriore, può essere di mera manifestazione ovvero di condizionalità: nel senso che sentimento e comportamento possono condizionarsi l'un l'altro. Ma in tal modo si spiega la problematica rilevanza giuridica dei sentimenti: perché le norme, già soltanto per le caratteristiche di generalità ed astrattezza, tendono a cogliere il momento oggettivo e comportamentale, svalutando quello soggettivo ed emozionale. Di qui l'eccezionalità (per così dire statistica) della rilevanza del sentimento quale fatto soggettivo: appunto perché tale rilevanza esige uno specifico riferimento da parte della legge. Ciò che si verifica – si potrebbe dire in una prima approssimazione – unicamente quando il legislatore intenda disciplinare situazioni non completamente definite sul piano oggettivo, che necessitano dell'integrazione di momenti soggettivi di natura emozionale.

È in questa prospettiva, allora, che meglio si colgono spunti e suggerimenti di altri autori che hanno riflettuto sulla possibilità di conciliare le materie del diritto e dei sentimenti¹⁴.

Alcuni, pur occupandosene soltanto indirettamente, non hanno potuto prescindere dall'affrontare il tema dell' "amore". Così chi – trattando il rapporto omosessuale e l'(allora) auspicato riconoscimento

¹⁴ F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero sia i diritti dell'amore*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1994, p. 3, per il quale: "il diritto ha difficoltà a regolamentare i c.d. fatti di sentimento, non solo per motivi di lessico giuridico, ma anche perché le vicende che coinvolgono sentimenti (e non patrimoni) sono per loro natura ambigue ed oscure, in particolare per quel che riguarda i fatti d'amore".

legislativo, con le significative conseguenze in tema di convivenza, matrimonio e filiazione – ha attribuito un ruolo decisivo alla "capacità di amare", propria e tipica di ogni essere umano.¹⁵

Altri, espressamente riflettendo sul conflitto tra sfera dell'amore e diritto, ha rilevato come nell'esperienza storica il secondo sia stato utilizzato per *neutralizzare* il primo, pericoloso per l'ordine sociale, confinandolo attraverso l'istituto del matrimonio. Con la progressiva legittimazione di unioni diverse da quella matrimoniale, tuttavia, si assisterebbe ad un'inevitabile inversione di rotta. È stata così prospettata la tesi che il diritto costituisca lo strumento per *liberare* l'amore, consentendo alle persone di autodeterminarsi: "La negazione del diritto d'amore e la sua sottoposizione a vincoli obbliganti ci mostrano una persona alla quale vengono negate, insieme, libertà e dignità. Il diritto d'amore si iscrive così in un orizzonte giuridico che non entra in contraddizione con esso, e trova il suo fondamento nel rispetto pieno dovuto alla persona. La negazione di quel diritto diviene così pure negazione di un ordine giuridico finalmente liberato dall'obbligo di impadronirsi della vita delle persone"¹⁶.

3. Il diritto all'assistenza morale dei figli come "diritto all'amore": il definitivo ingresso della dimensione affettiva nell'ordinamento.

La c.d. riforma della filiazione - ossia il complesso normativo costituito dalla Legge delega 10 dicembre 2012, n. 219, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", e dal Decreto legislativo 12 luglio 2013, n. 154, recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, volta alla parificazione di figli naturali e figli legittimi - dando attuazione al principio di uguaglianza previsto agli artt. 3 e 30 Cost., ha definitivamente eliminato la distinzione tra figli nati all'interno e al di fuori del matrimonio.

Essa, però, si è anche spinta oltre, introducendo per la prima volta nel nostro ordinamento, con il

¹⁵ A. PALAZZO, *Eros e jus*, Mimesis, Milano; Udine, 2015, p. 49: "L'idea guida che abbiamo posto al centro della nostra indagine è stata quella della capacità di amare. Se una coppia non l'ha raggiunta si decide per forme di unione precaria che si adattano alla temporaneità del rapporto. La durata nel tempo dell'unione è viceversa la prima prova della sussistenza della capacità di amare e può coesistere con altro fatto di prova, che è la decisione comune di avere figli da allevare".

¹⁶ S. RODÒ, *Diritto d'amore*, cit., p. 48: "La norma giuridica non ha il fine, esplicito o non dichiarato, di impadronirsi dell'amore, ma lo specifico, e limitato, ruolo, di apprestare le strutture necessarie per l'autodeterminazione, grazie alle quali le persone possano effettuare liberamente le proprie scelte e costruire liberamente la propria personalità".



nuovo art. 315-*bis* c.c., ciò che è stato definito un vero e proprio “statuto dei diritti del figlio”.

Di grande significato, anche etico-sociale, è la solenne proclamazione del novellato art. 315 c.c. per la quale “Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”: una definitiva conquista di civiltà giuridica, attesa da tempo, che costituisce il tratto fondamentale dell'intera riforma.¹⁷

La dottrina¹⁸ è ben riuscita ad esprimere il significato della norma contenuta nell'art. 315 c.c. e il conseguente mutamento di prospettiva realizzatosi con la formula “la legge conosce solo figli”.

Ciò che si è voluto eliminare è l'ingiusta concezione dell'esistenza di una distinzione tra i figli in ragione della nascita. In tal senso la felice espressione “famiglia dei figli”¹⁹: per indicare la assoluta centralità assunta dalla figura del figlio, intorno al quale ruota la responsabilità dei genitori.

Lo stato giuridico della filiazione è ora sancito come unitario, perché è indipendente dallo *status familiae*. Esso risulta, in sé, meritevole di tutela e, di conseguenza, tutelato indipendentemente dal vincolo fattuale o di diritto esistente tra i genitori.²⁰

La riforma del 2012 ha dunque impresso allo *status filiationis* un rilievo primaria, autonomo dal rapporto che lega gli autori del concepimento,²¹ efficacemente sintetizzata nella formula “dallo *status familiae* allo *status personae*”.

Si comprende allora lo stretto legame tra il rinnovato art. 315 c.c., che stabilisce l'unicità dello *status* di figlio, e l'art. 315-*bis* c.c., altro pilastro della novella e al tempo stesso necessario corollario della norma precedente, il quale afferma i diritti e i doveri dei figli, enucleando quello che viene considerato un vero e proprio “statuto” di diritti. Ossia un complesso di disposizioni volte a sancire e tutelare, direttamente ed espressamente, i diritti nella titolarità del figlio, in forza del rapporto di filiazione, assicurandone sistemazione unitaria e portata generale.

In questa prospettiva, lo *status filiationis* costituisce il presupposto, la fonte del ‘fascio di situa-

zioni’ giuridiche attive e passive facenti capo al figlio²².

In particolare, così inteso, lo *status* di figlio rappresenta un elemento costitutivo dell'identità personale del nato ed integra un diritto inviolabile della persona umana.²³ Come tale, risulta intimamente connesso al solo fatto della procreazione²⁴ e prescinde da qualsiasi condizione di nascita e dall'eventuale domanda o accertamento dello *status medesimo*²⁵.

Sotto l'indicativa rubrica “Diritti e doveri del figlio”, l'art. 315-*bis* c.c. è scandito in quattro commi, tre dei quali contengono l'enunciazione dei diritti, mentre soltanto il quarto (identico nel testo al previgente art. 315, sui “Doveri del figlio verso i genitori”) riguarda i doveri verso i genitori.

Oltre ai tradizionali diritti al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, la norma fissa i diritti all'assistenza morale, a crescere nella propria famiglia e a mantenere rapporti significativi con i parenti: nonché, per il figlio che abbia compiuto dodici anni o sia anche di età inferiore, qualora dotato della

²² N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, Padova, 1990, p. 29 e ss., ha osservato che il concetto di “status” ha incontrato distinti momenti. In una prima fase essa è stata utilizzata per descrivere in maniera sintetica un gruppo di diritti e di obblighi, che sembravano trovare unità nel comune riferimento ad un determinato fenomeno sociale, quale ad esempio la famiglia. In un'ulteriore fase di elaborazione, invece, tale categoria è stata ritenuta come il presupposto o la fonte di una serie aperta di diritti ed obblighi. Alla luce di tale evoluzione, la nozione di status si è spostata dalla dimensione degli effetti giuridici a quella delle fattispecie, ossia degli eventi che la norma contempla in ipotesi e al cui accadere collega determinate conseguenze. I diversi stati, che possono essere quello di cittadino, di coniuge o di figlio, costituirebbero la fonte di determinati effetti giuridici, che, appunto, individuano la propria causa negli stati medesimi.

²³ In tal senso, Corte cost., 28.11.2002, n. 494, in *Giur. It.*, 2003, 130: “La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione.”

²⁴ Cass., 22.11.2013, n. 26205, in *Giur. It.*, 2014, 1593: “Alla formula costituita dall'endiadi “diritto ad essere educato e mantenuto” non può attribuirsi un valore soltanto descrittivo. Essa contiene e presuppone il più ampio ed immanente diritto, desumibile dalla lettura coordinata degli artt. 2 e 30 Cost., di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima ed affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psicofisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante la condivisione ed il riconoscimento esterno dello status conseguente alla procreazione. Entrambi i profili integrano il nucleo costitutivo originario dell'identità personale e relazionale dell'individuo e la comunità familiare costituisce la prima formazione sociale che un minore riconosce come proprio riferimento affettivo e protettivo.”

²⁵ G. CHIAPPETTA, *La posizione del figlio nato nel matrimonio*, in C. M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, cit., p. 328.

¹⁷ A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale: testo aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giappichelli, Torino, 2014, p.1; C. M. BIANCA, *Verso un più giusto diritto di famiglia*, in *Iustitia*, 2012, fasc. 2, p. 237.

¹⁸ C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1, p. 1 e ss.

¹⁹ L'espressione è stata introdotta da A. NICOLUSSI, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in *Valori costituzionali*, atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I., Milano, 2010, 190, prima della Riforma della filiazione ma in tale contesto è stata riproposta da L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1262.

²⁰ S. STEFANELLI, *Caratteri e funzione dello status*, in A. SASSI, *La filiazione e i minori*, vol.4, in *Le persone e la famiglia*, UTET, Assago, 2015, p. 67.

²¹ L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. Famiglia*, fasc.1, 2016, p. 221.



capacità di discernimento, ad essere ascoltato in tutte le procedure che lo riguardano.

È stato ampiamente sottolineato il radicale ribaltamento di prospettiva rispetto al passato, e non soltanto perché il legislatore ha enunciato, positivamente e in maniera esplicita, i diritti dei figli, mostrando come essi non siano più solamente desumibili, in via indiretta, dai corrispondenti doveri sussistenti in capo ai genitori.

Ed è stato altresì segnalato come l'inequivoca enunciazione dei diritti dei figli, anteposti ai doveri previsti dall'ultimo comma dell'art. 315 c.c., esprima la necessità che la formula "interesse del minore" ceda il passo all'espressione "diritti del minore": enfatizzando l'idea che l'ordinamento non tuteli soltanto un mero e generico interesse del minore, ma veri e propri diritti soggettivi della persona, ai quali l'attuale art. 315-bis c.c. ha conferito innegabile sostanza concreta.

Il più vago concetto di "interesse del minore", cui numerose norme del diritto di famiglia si richiamano, deve essere allora abbandonato perché espressione della superata concezione che vedeva nel figlio, e nel minore, più un oggetto di poteri altrui e di soli propri doveri, che non un soggetto titolare di diritti inviolabili. Una concezione considerata ormai superata.²⁶

In questo quadro, l'art. 315-bis c.c. non si limita a riproporre i noti diritti dei figli e i corrispondenti doveri dei genitori (di mantenimento, istruzione ed educazione), già previsti dal previgente art. 147 c.c.. Ne enuncia, bensì, in maniera innovativa, di ulteriori, sconosciuti alla tradizione codicistica, tra cui quali il diritto all'assistenza morale. Senso e contenuto di essi sono ribaditi dall'art. 337-ter, comma 1 c.c. ("Provvedimenti riguardo ai figli"): il quale, disciplinando i diritti della prole nei procedimenti riguardanti il rapporto matrimoniale e in quelli relativi ai figli nati al di fuori di esso, riconosce al minore, oltre al diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, quello di ricevere da entrambi l'istruzione, l'educazione, la cura nonché, appunto, l'assistenza morale.

Di qui l'interrogativo, in dottrina e già in giurisprudenza, sul significato che il legislatore della riforma ha voluto imprimere alla formula "assistenza morale"²⁷.

²⁶ E' l'opinione di A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Famiglia e dir.*, 2013, fasc. 3, p. 264.

²⁷ Tale formula è stata consacrata con la riforma della filiazione, come osservato da C. M. BIANCA, *Verso un più giusto diritto di famiglia*, in *Iustitia*, II, p. 239-240: "Che il figlio debba essere assistito moralmente si può desumere solo dalla legge sull'adozione. Neppure la legge sull'adozione, tuttavia, menziona il diritto all'assistenza morale, limitandosi essa ad indicare la mancanza di tale assistenza come circostanza qualificante la situazione di abbandono. Il disegno di legge proclama invece espressamente l'assistenza morale come diritto del figlio, rico-

Essa è stata ricondotta, ma in senso opposto, all'espressione utilizzata dalla Legge sull'adozione per la situazione suscettibile di originare la dichiarazione di adottabilità: il diritto in questione, quindi, integrerebbe la condizione minima accettabile richiesta ai genitori.²⁸

In tale direzione alcune pronunce – affermando che sussiste "stato di bisogno" quando alla prole venga a mancare la componente fondamentale per la formazione migliore della personalità – sono giunte a delineare un concetto di assistenza morale modellato non tanto sulla base del relativo contenuto, comunque ricondotto alla nozione di "amore"²⁹, quanto sulla sua finalità.³⁰ L'assistenza morale, intesa quale immancabile apporto di cure ed affetto, viene ad assumere rilevanza perché la sua assenza giustifica il rimedio, pur residuale, dell'adozione: che pertanto si pone in chiave strumentale rispetto alla sana crescita del minore.

Si può dire, allora, che proprio nella riforma della filiazione il legislatore abbia definitivamente considerato meritevole di tutela la componente affettiva, imprescindibile per una sana e serena crescita

noscendo nella cura affettiva dei genitori il bene di cui il minore ha un bisogno primario per la sua crescita armoniosa".

²⁸ C. LOSANA, *Il diritto del figlio di ricevere cura e di essere assistito moralmente*, in *Minorigiustizia*, 2014 fasc. 2, p. 37; sempre con riferimento alla Legge sull'adozione, C.M. BIANCA, *Adozione nazionale (l. 28 marzo 2001, n. 149 - "Modifiche alla l. 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2002 fasc. 4-5, p. 909, ha rilevato lo stretto legame esistente tra il diritto del minore alla propria famiglia e quello all'assistenza morale: "il minore ha diritto di crescere nella sua famiglia in quanto riceva da questa l'assistenza morale necessaria per la serena ed equilibrata formazione".

²⁹ Cass., 28.3.1987, n. 3038, in *Mass. Giur. It.*, 1987, voce *Adozione*: "Lo stato di abbandono è ravvisabile qualora i genitori abbiano fatto mancare al figlio un'assidua e amorevole assistenza nelle vicende quotidiane"; Cass., 02.10.2015, n. 19735, in *Famiglia e dir.*, 2016, 1068: "In tema di adozione di minori, il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della famiglia di origine incontra i suoi limiti in presenza di uno stato di abbandono, cosicché la rescissione del legame familiare costituisce l'unico strumento idoneo ad evitare al minore un più grave pregiudizio ed a garantirgli assistenza e stabilità affettiva".

³⁰ Trib. Minorenni Roma, 6.2.1984, in *Dir. Famiglia*, 1984, p. 637: "Il minore ha diritto non ad un'assistenza qualsiasi da parte dei suoi genitori, ma alla prestazione di cure idonee a garantirgli uno sviluppo armonico ed equilibrato; ha diritto a vivere non in una famiglia qualsiasi, ma in un ambiente familiare moralmente sano, che lo sottragga ad influenze che possano incidere negativamente sul suo armonico processo di maturazione"; Cass., 20.1.1998, n. 482, in *Famiglia e dir.*, 1998, p. 273: "la nozione di "assistenza" prevista dal legislatore non deve essere intesa in termini meramente quantitativi, implicando, al contrario, una valutazione anche qualitativa delle funzioni genitoriali, in termini di adeguatezza al fine educativo, intese come corretto (e giammai distorto) esercizio del ruolo parentale. Integra, pertanto, gli estremi della "situazione di abbandono" ogni irreparabile difetto di quella assistenza morale e materiale, intesa come idoneo apporto di cure ed affetto, necessario al normale e corretto sviluppo della personalità del minore.



del minore e per un equilibrato sviluppo della sua personalità; facendo emergere, con chiarezza, il valore centrale e fondante che l'elemento affettivo assume nella famiglia.³¹ Tale interesse finisce anzi per oggettivarsi, divenendo un valore per l'ordinamento e giustificandone la tutela: tanto più che la carenza dell'apporto affettivo rischia di ingenerare danni e squilibri psichici che, manifestandosi in età adulta, causerebbero problemi ancor più gravi per la società.³²

Risulta pertanto evidente come l'esplicita menzione, nell'art. 315-*bis* c.c., del diritto del figlio alla "assistenza morale" conferisca rilievo giuridico generalizzato alla modalità naturalmente tipica della relazione genitore-figlio: la quale, prima ancora che giuridica, è una relazione affettiva³³ antropologica. La dimensione affettiva della filiazione, infatti, è un dato senz'altro pregiuridico: che il legislatore coglie e rende giuridicamente rilevante, non potendosene prescindere ai fini di una compiuta e moderna disciplina del peculiare rapporto tra genitori e figli.³⁴

Non è un caso, quindi, che il riconoscimento normativo del diritto all'amore riguardi esclusivamente i minori. Una medesima ragione di tutela non si rinviene, invece, nei rapporti tra adulti³⁵, nei quali l'amore non assurge a diritto ma rimane una mera possibilità. E la differenza sussiste nonostante l'identità della locuzione ("assistenza morale") uti-

lizzata dal legislatore per indicare da un lato, nell'art. 315-*bis* c.c., il diritto dei figli nei confronti dei genitori, e dall'altro, nell'art. 143 c.c., l'obbligo reciproco dei coniugi. Si è persuasi, tuttavia, che il nucleo essenziale dell'obbligo di assistenza morale non vada individuato nell'interesse ad essere amati, bensì nell'aiuto e nel conforto spirituale che essi sono tenuti a prestarsi reciprocamente. Nell'ambito del rapporto coniugale, infatti, il venir meno dell'assistenza morale, qualora renda intollerabile la prosecuzione della convivenza, giustifica il sorgere del diritto alla separazione personale³⁶; mentre la carenza di amore non assume, di per sé, rilevanza autonoma né per un eventuale addebito della separazione, né ai fini di un giudizio di responsabilità dei coniugi³⁷. Coerentemente, la sua mancanza costituisce autonomo titolo di risarcimento del danno non patrimoniale soltanto quando si traduce in un comportamento lesivo di altri diritti della personalità.³⁸

Nella prospettiva qui delineata, dunque, si può senz'altro affermare che il diritto dei figli ad essere assistiti moralmente altro non è se non un diritto a ricevere amore, e dunque diritto all'amore: cioè a quell'interessamento sollecito e premuroso che spinge a provvedere direttamente alle esigenze di una persona e ad averne cura. Dopo che dottrina e giurisprudenza ne avevano colto l'importanza, ad esso l'attuale quadro normativo ha dato riconoscimento.³⁹ La dimensione affettiva del rapporto di filiazione ha così finalmente fatto definitivo ingresso nell'ordinamento positivo.

³¹ C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in S. Mazzaresse-A. Sassi (a cura di), *Persona, famiglia e successioni*, in *Diritto privato: studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, 2, Torino, UTET giuridica, 2009, p. 541 e ss., il quale, nell'affrontare i problemi aperti dalle nuove famiglie, non fondate sul matrimonio, si è espresso nei seguenti termini: "la costruzione della nuova famiglia in chiave egualitaria e solidaristica, per un verso, ha agevolato l'attenzione verso i profili sostanziali del rapporto, aprendo la strada alla protezione dei figli naturali e dei conviventi; per altro verso, ha attribuito valore fondante all'affettività, quale datore di stabilità dell'assetto interpersonale, idoneo a giustificare il riconoscimento e tutela, seppure episodici e parziali. L'istituto della famiglia [...] trae la propria legittimazione sostanziale dal fattore affettivo: ne è riprova il fatto che la cessazione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi è sufficiente all'accoglimento della domanda di divorzio [...]".

³² M. BIANCA, *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n.154*, Giuffrè, Milano, 2014, p.153.

³³ M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, cit., p. 1013.

³⁴ F. SCAGLIONE, *Situazioni giuridiche soggettive e capacità*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, 4, in *Le persone e la famiglia*, Utet giuridica, Assago, 2015, p. 419.

³⁵ M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 10155: "Con riferimento ad un soggetto minore, si è recepita l'idea che l'amore, al pari della salute, della vita, costituisca un autonomo diritto della personalità, di rilevante importanza per la crescita e la cui violazione può determinare danni irreversibili nella personalità dell'adulto. Si è pertanto recepito anche a livello normativo il monito che attenta dottrina predicava da tempo, ovvero l'affermazione "dell'idea che occorra aver riguardo al bisogno del minore di ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione".

³⁶ Cass. 7 giugno 1982, n. 3437, in *Mass. Giur. it.*, 1982, c. "Il reciproco obbligo di assistenza e collaborazione, posto a carico dei coniugi dall'art. 143, 2° comma c.c., comporta che la condotta dell'uno, consistente nell'ingiustificato rifiuto di aiuto e conforto spirituale, con la volontaria aggressione della personalità dell'altro, per annientarla, deprimerla, o comunque ostacolarla, integra violazione dei doveri che derivano dal matrimonio, e giustifica una pronuncia di separazione personale con addebito".

³⁷ SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale (Art. 315 bis c.c. come inserito dall'Art. 1 comma 8, L. n. 219/2012)*, in C. M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 82.

³⁸ Cfr. Cass., 1 dicembre 2004, n. 22593, in *Danno e Resp.*, 2005, 324: "Circa, infine, il danno da serenità familiare, la sentenza impugnata ne ha giustamente escluso la risarcibilità. [...]D'altra parte, altrettanto recentemente questa Corte ha offerto tutela all'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale (tutela ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost.), limitatamente, però, alla risarcibilità del danno subito in conseguenza della uccisione di un congiunto per la definitiva perdita del rapporto "parentale" (Cass. 31 maggio 2003, n. 8828)".

³⁹ V. SANTARSIERE, *Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori*, in *Giur. di Merito*, 2013 fasc. 3, p. 530; M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e dir.*, 2015, fasc. 11, p. 1013; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, cit., p. 335.



Lo conferma la circostanza che, nel progetto iniziale di “statuto dei diritti del figlio”, ora compendiato nel menzionato art. 315-*bis* c.c., è stato testualmente previsto proprio il diritto del figlio “di essere amato” dai genitori. Sebbene l’espressione letterale sia stata soppressa in sede di approvazione della legge delega, e sia stata sostituita da quella sull’assistenza morale, si è ugualmente persuasi che “con tale espressione sia comunque stato introdotto nell’ordinamento giuridico familiare un diritto del figlio, particolarmente quando in età minore, alla tenerezza e piena solidarietà dei genitori, quindi, in definitiva, ad essere amato dagli stessi”.⁴⁰

E si è altresì persuasi che questa conclusione rappresenti l’esito di un percorso normativo al quale anche il legislatore italiano è giunto progressivamente.

4. La prospettiva delle fonti extracodicistiche: diritto dei figli ad essere amati e diritto di crescere in famiglia.

Benché l’esplicita codificazione del diritto (d’amore) all’assistenza morale sia avvenuta ad opera della L. 219/2012, va sottolineato come, già in precedenza, il diritto in questione fosse ricavabile da fonti extracodicistiche.

Nel diritto sovranazionale si può cogliere come, sebbene, con riferimento all’assistenza morale, l’espressione “diritto” non comparisse, il concetto ad essa sotteso – per il quale la prole, fin dalla prima infanzia, deve ricevere dai genitori tutte le cure necessarie allo sviluppo – emergeva con evidenza già da alcune previsioni. Le quali esprimevano, e tuttora esprimono, i fondamentali bisogni di relazione dei minori. Tra tali norme si collocano, sicuramente, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959⁴¹ e la Convenzione internazionale sui diritti

del fanciullo del 1989.⁴² E con forza ancora maggiore l’esigenza primaria di cura del fanciullo è manifestata nella Carta di Nizza del 2000⁴³, che per prima discorre di un vero e proprio diritto.

Nella legislazione italiana si può notare come, sebbene già la Costituzione menzioni (art. 30) non il diritto dei minori alla cura e all’assistenza, ma il corrispondente dovere dei genitori, un primo e importante passo verso il riconoscimento della rilevanza della dimensione affettiva è stato compiuto dalla L. 184/1983 sull’adozione, in specie da alcune sue specifiche disposizioni.⁴⁴

L’art. 1, comma 1 sancisce il diritto del minore a crescere nella propria famiglia: un diritto evidentemente strumentale e legato alla necessità di garanti-

non deve essere separato dalla madre. La società e i poteri pubblici hanno il dovere di aver cura particolare dei fanciulli senza famiglia o di quelli che non hanno sufficienti mezzi di sussistenza. E’ desiderabile che alle famiglie numerose siano concessi sussidi statali o altre provvidenze per il mantenimento dei figli”.

⁴² Articolo 18:

“Gli Stati parti si devono adoperare al massimo per garantire il riconoscimento del principio secondo cui entrambi i genitori hanno comuni responsabilità in ordine all’allevamento ed allo sviluppo del bambino. La responsabilità di allevare il fanciullo e di garantire il suo sviluppo incombe in primo luogo ai genitori o, all’occorrenza ai tutori. Nell’assolvimento del loro compito essi debbono venire innanzitutto guidati dall’interesse superiore del fanciullo”.

Articolo 20:

“Un fanciullo che venga privato, permanentemente o temporaneamente del suo ambiente familiare o che nel suo proprio interesse non possa essere lasciato in tale ambiente. avrà diritto a speciale protezione e assistenza da parte dello Stato.

Gli Stati parti debbono garantire a tale fanciullo una forma di cura ed assistenza alternativa in conformità alla loro legislazione nazionale”.

Articolo 27:

“Gli Stati parti riconoscono il diritto di ogni fanciullo ad un livello di vita sufficiente atto a garantire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale.

I genitori o le altre persone aventi cura del fanciullo hanno primariamente la responsabilità di assicurare, nei limiti delle loro possibilità e delle loro disponibilità finanziarie, le condizioni di vita necessarie allo sviluppo del fanciullo”.

⁴³ Articolo 24, Diritti del bambino:

“I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere”.

⁴⁴ Art. 1: “Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia”.

Art. 2: “Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell’articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurarli il mantenimento, l’educazione, l’istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno”.

Art. 6: “I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare”.

Art. 8: “Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio”.

⁴⁰ A. DEL GIUDICE, *La filiazione prima e dopo la Riforma*, in *Dir. Fam. Pers.* (II), fasc.1, 2014, p. 337: “Non che l’affettività non sia già entrata tra le regole giuridiche familiari: infatti, in ordine all’adozione, gli adottandi debbono dimostrare di essere affettivamente idonei (art. 6 2 l. n. 149 del 2001) e gli affidatari familiari debbono poter assicurare al minore relazioni affettive (art. 2 1 l. n. 149 del 2001); ma permane quel malinteso senso di concettuale impedimento (più che di contrarietà al dato tecnico giuridico) che resiste all’ingresso dei fatti di sentimento sia nella legge che nelle elaborazioni civilistiche. Come è noto, non vi è posto nel codice civile, creatura dell’illuminismo giuridico, per termini che facciano diretto ed esplicito riferimento ai comuni sentimenti quali l’amore, l’amicizia, la gratitudine, limitandosi, al più, al rinvio a criteri di comportamento della “correttezza”, “buona fede”, “buon costume”, non dando spazio normativo e riferimento diretto ai fatti di sentimento.”.

⁴¹ Principio sesto:

“Il fanciullo, per lo sviluppo armonioso della sua personalità ha bisogno di amore e di comprensione. Egli deve, per quanto è possibile, crescere sotto le cure e la responsabilità dei genitori e, in ogni caso, in atmosfera d’affetto e di sicurezza materiale e morale. Salvo circostanze eccezionali, il bambino in tenera età



re alla prole l'apporto affettivo indispensabile. In maniera più esplicita, l'art. 2, comma 1 sull'affidamento, tra i requisiti soggettivi degli affidatari introduce la capacità di assicurare al minore le relazioni affettive di cui ha bisogno. Ed ancora, l'art. 6, comma 2 prevede tra i requisiti degli adottanti l'essere "affettivamente idonei". Mentre l'art. 8 individua, quale unico presupposto sufficiente per giustificare lo stato di adottabilità, la carenza di assistenza morale e materiale e con ciò, implicitamente, l'incapacità e l'inidoneità affettiva della famiglia d'origine.⁴⁵

Allo stesso modo, la nozione di cura del figlio era stata enunciata dalla disciplina in tema di affidamento condiviso, tra l'altro imponendo il relativo obbligo anche a carico dei genitori separati, con l'art. 155, comma 1 c.c..

In un panorama normativo che da tempo si muoveva in questa direzione, d'altra parte, la giurisprudenza aveva da tempo rilevato come dal ruolo genitoriale non discendano soltanto i doveri economici correlati al mantenimento, ma anche quelli di educazione, istruzione e assistenza morale nei confronti dei figli, sottolineando la decisiva rilevanza di questi ultimi. Su tale linea, è giunta ad enucleare il c.d. danno da privazione del rapporto genitoriale, con la conseguente risarcibilità e, correlativamente, quello che si potrebbe definire un "diritto alla relazione affettiva" della prole. Configurato quale diritto fondamentale caratterizzato dalla già accennata strumentalità rispetto alle esigenze di sana crescita e di sviluppo del minore.

Ripetutamente, poi, è stata riconosciuta⁴⁶ la responsabilità del genitore per essere venuto meno

agli obblighi di cura e di affetto, sul presupposto che l'attuazione del pieno rapporto affettivo con il genitore integri un diritto soggettivo del figlio, quindi una situazione giuridica azionabile per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale. In particolare, i casi in questione hanno riguardato sia vicende in cui il genitore, riconosciuto il figlio, lo ha in seguito trascurato; sia casi nei quali il disinteresse è iniziato con il mancato riconoscimento.⁴⁷

Come opportunamente rilevato⁴⁸, si può allora dire che il diritto all'assistenza morale esprima la sintesi dei diritti fondamentali del figlio: una sorta di *fil rouge* che li unisce tutti, per assicurare la cura più completa della persona nell'età della fanciullezza.

Nel contesto di tali diritti, in particolare, pare evidente lo stretto legame tra il diritto dei figli all'assistenza morale ed il diritto del figlio a crescere in famiglia⁴⁹, previsto, dopo la Legge 219/2012, dall'art. 315-*bis*, comma 2 c.c.. Esso integra, infatti, il diritto a compiere il percorso affettivo, formativo ed educativo, tracciato dalla legge, all'interno del proprio nucleo familiare, ossia nel contesto che l'ordinamento mostra di ritenere assolutamente prioritario per il pieno sviluppo della personalità del figlio.⁵⁰

A tal proposito, è stato osservato che nell'ambito del rapporto di filiazione, il quale orbita tra responsabilità genitoriale e responsabilità filiale, ciò che riveste una posizione di preminenza è l'interesse del figlio a non essere pregiudicato nel suo sviluppo ed equilibrio psicofisico. In tal senso, quindi, le relazioni affettive, con i genitori e i parenti, assumono un'autonoma rilevanza che permette di considerarle come espressione di un interesse meritevole di tutela⁵¹.

La correlazione tra i due diritti emerge, probabilmente, in maniera più chiara se si considera che anche l'introduzione nel nostro ordinamento del diritto di crescere in famiglia non costituisce una novità assoluta. Esso aveva, infatti, trovato riconosci-

costituzionale, lo svolgimento del rapporto con entrambi i genitori. Ne deriva che qualora uno dei genitori, venendo meno ai propri doveri di mantenimento, istruzione ed educazione, privi di tale rapporto il minore, quest'ultimo ha diritto al risarcimento del relativo danno, anche di natura non patrimoniale".

⁴⁷ F. GALLETI, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, fasc. 2, p. 562.

⁴⁸ F. SCAGLIONE, *Situazioni giuridiche soggettive e capacità*, in A. Sassi-F. Scaglione-S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, 4, in *Le persone e la famiglia*, cit., p. 419.

⁴⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 337: "il diritto del figlio a crescere nella propria famiglia è un diritto assoluto esperibile nei confronti di tutti i terzi, pubblici e privati".

⁵⁰ M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, cit., p. 1014.

⁵¹ R. CARRANO, *Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri*, in *Giust. civ.*, 2011, fasc. 4, II, p. 185.

⁴⁵ C. LOSANA, *Il diritto del figlio di ricevere cura e di essere assistito moralmente*, cit., p. 35 e ss.; M. BIANCA, *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n.154*, cit., p.154.

⁴⁶ Tra le diverse pronunce di merito: Trib. Venezia, 30.6.2004, in *Giur. It.*, 2005, 1630: "Il genitore che si disinteressa completamente dei figli, violando l'obbligo di assistenza materiale, morale ed educativa, è responsabile ex art. 2043 c.c. ed è obbligato a risarcire i pregiudizi subiti dalla prole nel percorso di maturazione e crescita e nello sviluppo della personalità"; Trib. Roma, 11.1.2012, in *Resp. civ.*, 2012, 314: "Sussiste la responsabilità del padre che - pur avendo provveduto a versare somme di denaro per il mantenimento del figlio - abbia, con pervicacia, completamente omesso di occuparsi della cura morale del figlio e di mantenere con lui una costante relazione affettiva, con ciò violando i diritti fondamentali dello stesso minore"; Trib. Torino, 10.2.2014, in *Giur. It.*, 2014, 1890: "Si rileva, in merito, come il disinteresse dimostrato da un genitore nei confronti di un figlio, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determini un vulnus, dalle conseguenze di entità rimarchevole ed anche ineliminabili, a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano nella carta costituzionale (in part., artt. 2 e 30), e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un elevato grado di riconoscimento e di tutela. "; Trib. Milano, (ord.) 23.7.2014, in *Dir. Famiglia*, 2015, 43: "In ambito familiare, costituisce per il minore situazione soggettiva di rango primario, tutelata a livello



mento in numerosi accordi internazionali, grazie ai quali ha assunto rilievo costituzionale⁵².

Ci si riferisce alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989, nella quale il diritto alla conservazione delle relazioni familiari è associato al diritto del minore alla propria identità, al proprio nome e alla propria nazionalità, dunque agli elementi identificativi della persona⁵³.

Nella legislazione italiana, il diritto del minore a crescere in famiglia è sancito nella L. 184/1983 sull'adozione, significativamente intitolata proprio "Diritto del minore ad una famiglia".

Per l'art. 1, comma 1 della legge sull'adozione, come modificato dalla Legge del 2001, "Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia".

Secondo l'attuale quadro normativo, i figli hanno diritto ad una famiglia, possibilmente la propria originaria, ovvero una sostitutiva nella quale siano accolti come figli⁵⁴. È questo il senso profondo del riferimento alla espressione "ad una famiglia" contenuta già nel titolo della legge sull'adozione.

Ed invero, posto che l'art. 1, comma 1 della legge sull'adozione sancisce il preminente diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia e l'art. 8 fa discendere la dichiarazione di adottabilità del minore dall'assenza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, si arriva a sostenere che l'art. 1, comma 5 della legge sull'adozione si riferisca al diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia. Emerge, così, come il diritto di crescere nella propria famiglia, ove questa risulti inadeguata, ceda - legittimando i rimedi, seppure residuali, dell'affidamento e dell'adozione - rispetto al diritto del minore a crescere comunque in una famiglia, purché in grado di far fronte ad eventuali carenze assistenziali.⁵⁵ Ed è

in questo senso che è stato osservato come la legge sull'adozione riveli il ruolo prioritario che il diritto all'amore dei genitori svolge nella vita dei figli.⁵⁶ Sembra, così, possibile affermare che il diritto del minore a ricevere le cure e l'affetto necessari per il suo migliore sviluppo possa estendersi sino ad essere esercitabile anche nei confronti della nuova famiglia.

La famiglia d'origine rimane dunque il luogo privilegiato per la crescita del minore, salvo che risulti inadeguata; ma, nel contesto della disciplina dell'adozione, il riconoscimento del diritto ad una famiglia comporta necessariamente un bilanciamento tra contrapposte esigenze.

Se infatti, come si è avuto modo di osservare, la carenza, o addirittura la totale assenza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori costituisce il presupposto dello stato di abbandono e, di conseguenza, per la dichiarazione di adottabilità del minore, e quindi integra un elemento necessario e non trascurabile per lo sviluppo dei figli, per altro verso è fondamentale tutelare anche la loro primaria esigenza di crescere nella propria famiglia.

Allora la privazione, disposta nei confronti del figlio, del rapporto con la propria famiglia può avvenire soltanto nei casi in cui i relativi limiti siano tanto gravi da compromettere seriamente lo sviluppo, né possano essere altrimenti superati mediante l'impegno delle strutture sociali.

Dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto tale opinione⁵⁷ e anche il legislatore è intervenuto in questa direzione. Diverse sono, infatti, le leggi regionali e statali che dispongono azioni di sostegno a beneficio delle famiglie⁵⁸ e in tal senso è anche la riforma della filiazione.

minori di poter conseguire una equilibrata crescita psicofisica."

⁵⁶ A. MORACE PINELLI, *I provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 701.

⁵⁷ Cfr. Cass., 29.11.1988, n. 6452, in *Giust. Civ.*, 1988, I, 2814: "Nella nuova disciplina della dichiarazione dello stato di adottabilità, di cui agli art. 8 ss. l. n. 184 del 1983, mentre resta fermo il principio della prevalenza da accordare all'interesse del minore, viene confermata l'esigenza di assicurarne, in difetto di specifiche ragioni ostative, la crescita e lo sviluppo nella famiglia di origine considerata come ambiente naturale e, a tal fine, vengono introdotte particolari cautele da osservarsi prima della suddetta declaratoria." In dottrina C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 420; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 387, il quale espressamente afferma: "la mancanza di mezzi economici sufficienti da parte della famiglia di sangue non può costituire ragione giustificatrice per avviare il minore all'adozione", peraltro evidenziando, come visto nella precedente trattazione che, al contrario, l'assistenza materiale, qualora non accompagnata da quella morale, non risulta sufficiente ad escludere lo stato di abbandono.

⁵⁸ Tra queste si richiamano: Legge 28.8.1997, n. 285 "Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza", il cui art. 1, comma 1: "È istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Fondo nazionale per l'infanzia e l'adolescenza finalizzato alla realizzazione di inter-

⁵² A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 38.

⁵³ Art. 8: "Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali.

Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile".

⁵⁴ A. SCALISI, *Il diritto del minore ad una famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, fasc. 11, p. 872.

⁵⁵ Cfr. G.E. NAPOLI, *Il diritto di crescere nella propria famiglia*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 1126; è quanto emerge anche da Cass., 21 giugno 2018, n. 16357, in *Giust. civ., Mass.*, 2018, voce *Adozione*: "Il prioritario diritto dei minori a crescere nell'ambito della loro famiglia di origine non esclude la pronuncia della dichiarazione di adottabilità quando, nonostante l'impegno profuso dal genitore per superare le proprie difficoltà personali e genitoriali, permanga tuttavia la sua incapacità di elaborare un progetto di vita credibile per i figli, e non risulti possibile prevedere con certezza l'adeguato recupero delle capacità genitoriali in tempi compatibili con l'esigenza dei



Il D. Lgs. 154/2013, infatti, nel dare esecuzione alla legge delega, ha introdotto nella legge sull'adozione l'art. 79-bis, che obbliga il giudice a segnalare ai comuni le situazioni di indigenza delle famiglie al fine di attivare gli opportuni interventi di sostegno.

L'inclusione del diritto ad una famiglia nel novero dei diritti sanciti dall'art. 315-bis c.c. gli ha, senza dubbio, conferito quella centralità di cui era anteriormente privo, configurandolo quale diritto fondamentale: esso è essenziale per la vita affettiva della prole e per la sua armoniosa formazione⁵⁹.

L'enunciazione nel codice civile, del resto, permette a tale diritto di spiegare i propri effetti ben oltre l'ambito dell'adozione, investendo l'intero sistema dei rapporti di diritto di famiglia e proponendosi quale espressione generale del diritto del minore alle relazioni familiari. Diritto ora sancito anche dall'art. 337-ter c.c., nel quale è stato trasposto, da parte della Legge 219/2012, il principio, introdotto dalla Legge sull'affidamento condiviso del 2006, per cui "il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori".

La portata generale di tale diritto, grazie all'art. 315-bis c.c., fa sì che ogni istituto che preveda, con un obiettivo rimediabile, il distacco o l'allontanamento, temporaneo o permanente, del minore dalla propria famiglia, debba essere riconsiderato alla luce del superiore interesse del minore a crescere in famiglia.

In particolare, il nuovo quadro consente di limitare a casi residuali i rimedi dell'affidamento esclusivo ed extrafamiliare ai sensi degli articoli 337-bis e 337-octies e, nello stesso modo, opera con riguardo agli strumenti di tutela previsti dagli articoli 330 e 333 c.c., nella misura in cui accordano al giudice la facoltà di disporre l'allontanamento del minore o del genitore.

venti a livello nazionale, regionale e locale per favorire la promozione dei diritti, la qualità della vita, lo sviluppo, la realizzazione individuale e la socializzazione dell'infanzia e dell'adolescenza, privilegiando l'ambiente ad esse più confacente ovvero la famiglia naturale, adottiva o affidataria, in attuazione dei principi della Convenzione sui diritti del fanciullo resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e degli articoli 1 e 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 104."; Legge 8.11.2000, n. 328, "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali", il cui Art.1 comma 1: "La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione."; Legge 8.3.2000, n. 53 "Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città", il cui Art. 1: "La presente legge promuove un equilibrio tra tempi di lavoro, di cura, di formazione e di relazione".

⁵⁹ C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, cit., p. 337.

A maggior ragione, il diritto di crescere in famiglia rileva ai fini della valutazione in ordine alla dichiarabilità dello stato di abbandono morale e materiale. Invero, alla luce dell'art. 315-bis c.c., è riaffermato il diritto dei figli a non subire provvedimenti di adozione, affidamento o allontanamento dalla propria famiglia se non nei casi tassativamente previsti dalla legge; ed i presupposti per la relativa emanazione devono essere interpretati in senso restrittivo, dovendosi dare precedenza, nel dubbio, al diritto del figlio di crescere in famiglia⁶⁰.

La L. 219/2012 è intervenuta anche in materia di affidamento e adozione, delegando il Governo a specificare la nozione di abbandono materiale e morale, che costituisce uno dei nodi centrali e più complessi della disciplina. Ne è stato imposto il ripensamento alla luce della provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali, considerata imprescindibile per la dichiarazione di adottabilità che, pertanto, deve considerarsi l'*extrema ratio*⁶¹.

Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza, chiarendo come l'adozione costituisca non una misura diretta a risolvere minime carenze genitoriali o semplicemente fornire condizioni migliori al minore, ma soluzione estrema a fronte di situazioni di irreparabile abbandono.⁶²

⁶⁰ M. BIANCA, *Filiazione: commento al decreto attuativo: le novità introdotte dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n.154*, cit., p. 147; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, cit., p. 120.

⁶¹ M. MORETTI, *Il diritto del minore ad una famiglia: interventi sulla L. 4 maggio 1983, n. 184*, in M. Dossetti-M. Moretti-C. Moretti, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 132 e ss.; contrariamente G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minore età? in Il Dir. di famiglia*, 2013 fasc. 4, p. 1479, segnala il timore che, proprio a causa delle predette disposizioni introdotte dalla riforma della filiazione e di quelle contenute nella disciplina dell'adozione, si faccia strada nel nostro ordinamento il convincimento che l'assoluto valore da salvaguardare sia costituito dal legame del minore con la famiglia biologica, relegando l'adozione ad un provvedimento totalmente residuale, che interviene quando ormai non è più in grado di assicurare al minore stesso un'effettiva salvaguardia delle sue personalità.

⁶² *Ex plurimis*: Cass., 12.5.2006, n. 11019, in *Mass. Giur. It.*, 2006, voce *Adozione*: "[...] si rende necessario un particolare rigore, da parte del giudice del merito, nella valutazione della situazione di abbandono del minore quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità, ad essa potendosi ricorrere solo in presenza di una situazione di carenza di cure materiali e morali, da parte dei genitori e degli stretti congiunti (ed a prescindere dalla imputabilità a costoro di detta situazione), tale da pregiudicare, in modo grave e non transeunte, lo sviluppo e l'equilibrio psico-fisico del minore stesso"; Cass., 26.5.2014, n. 11758, in *Giust. civ. mass.*, 2014: "la prioritaria esigenza per il figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i genitori biologici e di essere da loro allevato, alla stregua del legame naturale oggetto di tutela L. n. 184 del 1983, ex art. 1, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, che non può fondarsi di per sé su anomalie non gravi del carattere e della personalità dei genitori, comprese eventuali condizioni patologiche di natura mentale (nella specie, escluse in relazione ai nonni), che non compromettano la capacità di allevare ed edu-



Ma anche questi peculiari tratti patologici del rapporto di filiazione, allora, confermano che la dimensione affettiva è destinata ad assumere oggi un rilievo diverso, ben più pronunciato che in passato. È stato opportunamente rilevato che “proprio perché oggi si può e si deve parlare di diritto soggettivo, il minore deve essere considerato come portatore di una ‘pretesa’, cui la collettività deve assolutamente rispondere”: e ciò sebbene il diritto del bambino alla cura da parte dei genitori non sembri, a prima vista, coercibile⁶³. Tenuto conto della difficoltà di delineare contorni di obbligatorietà alla situazione passiva corrispondente al diritto ad essere amati, viene allora da chiedersi se si possa ammettere la configurabilità di un diritto all'amore, negando tuttavia l'esistenza del corrispondente obbligo di amare.

| 38

care i figli senza danni irreversibili per il relativo sviluppo ed equilibrio psichico”.

⁶³ In questi termini C. LOSANA, *Il diritto del figlio di ricevere cura e di essere assistito moralmente*, in *Minori giustizia*, 2014, 2, p. 40, pur riconoscendo che, “affinché un diritto sia tale in senso tecnico (e la parola “diritto” non sia invece una semplice declamazione retorica e vuota) occorre che sia esigibile, azionabile, specifico nel suo contenuto, individuato nel tempo e nello spazio, chiaro nei suoi connotati, nell’individuazione del soggetto obbligato”.



Attualità

LA COMMISSIONE DI STIPULA DEL MUTUO TRA ABF E BAUSPARVERTRAG.

Di Federico Pistelli

| 47

SOMMARIO: 1. Il problema: il rimborso della commissione per la stipula del mutuo immobiliare; 2. L'orientamento dell'ABF: invalidità della clausola e restituzione della commissione; 2.1. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa che vieta penali in caso di recesso del consumatore; 2.2. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa in materia di trasparenza; 2.3. L'elemento comune all'orientamento ABF: lo spaccettamento dell'operazione di risparmio edilizio; 3. L'Abschlussgebühr nella giurisprudenza tedesca in tema di Bausparvertrag; 4. Interpretazione della clausola; 5. Conclusioni

ABSTRACT. Il saggio prende in esame il problema della validità della commissione di stipula inserita nel contratto di risparmio edilizio (Bausparvertrag), oggetto di un recente orientamento nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario. Viene dunque offerta una interpretazione alternativa della clausola, traendo spunto dall'esperienza giuridica tedesca, attraverso la qualificazione dell'operazione negoziale in termini unitari.

The paper analyzes the validity of a standard term in building savings agreement, which has been center of some recent decisions of the ADR in banking and financial litigation. The specific aim is to provide a different interpretation of this clause, built on Germany's case law and related to the unitary purpose of the whole agreement.

1. Il problema: il rimborso della commissione per la stipula del mutuo immobiliare.

Fin dai primi anni del suo operato, l'Arbitro Bancario Finanziario (nel prosieguo, ABF)¹ è intervenuto in diverse occasioni in merito alla validità della clausola che attribuisce alla banca una forma di remunerazione, a titolo di diritto di stipula, per la futura assegnazione del mutuo immobiliare².

La clausola, com'è noto, rientra nella convenzione – c.d. contratto di risparmio edilizio – che prevede una concessione di credito secondo un piano articolato in più fasi, una c.d. di risparmio (in cui il cliente accumula un certo capitale, depositandolo presso l'istituto di credito su di conto vincolato e remunerato da interessi attivi) e una c.d. di finanziamento (in cui la banca concede al cliente a titolo di mutuo una somma pari alla differenza tra il valore complessivo dell'investimento e la somma già accumulata nella prima fase) per finalità di carattere immobiliare, quali la costruzione o la ristrutturazio-

ne di abitazioni³. Oltre a impegnarsi al versamento rateale della somma, il cliente, proprio per effetto della clausola in parola, assume l'obbligo di corrispondere all'istituto di credito, già al momento della sottoscrizione del piano, una somma di denaro quale commissione per la stipula di un mutuo.

Orbene, nei procedimenti in parola il cliente agisce domandando all'ABF il rimborso di quanto pagato a titolo di commissione per la stipula quando, nonostante egli abbia versato la somma richiesta per l'assegnazione del finanziamento in ottemperanza al piano finanziario prestabilito, l'istituto bancario si rifiuta di passare alla seconda fase dell'operazione e quindi di procedere alla concessione del mutuo. Come è noto, nella quasi totalità dei casi, l'ABF ha individuato una serie di profili di problematicità della clausola, privandola dei suoi effetti e obbligando la banca alla restituzione della somma versata a questo titolo dal cliente.

Ancorché sia certamente consolidata, tale soluzione dell'ABF merita di essere oggetto di qualche ripensamento.

Dopo avere dato conto in dettaglio dell'orientamento dell'ABF (§2-2.1.-2.2.), nonché degli ulteriori profili concernenti l'operazione di mutuo immobiliare sottoposti all'attenzione della giurisprudenza di merito (§2.3), in questa sede intendendo confrontare l'interpretazione interna in materia di commissione di stipula con quanto avviene nel contesto originario dell'operazione, il tedesco *Bausparvertrag*, dove la clausola di commissione di stipula (*Abschlussgebühr*) è invece ritenuta efficace ed è respinta la domanda di rimborso avanzata dal cliente cui non viene concesso il mutuo. Il confronto con il sistema tedesco pone in luce un modo di qualificare la clausola profondamente diverso, giacché, come meglio si vedrà nel prosieguo, lì si guarda in termini maggiormente unitari all'operazione in cui si inserisce la commissione (§3). Orbene, una tale impostazione che inquadra la questione della validità e del rimborso della commissione nell'operazione finanziaria nel suo complesso trova,

¹ L'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF) è un organismo di risoluzione stragiudiziale delle liti (i cd. sistemi di *Alternative Dispute Resolution*, o ADR) istituito nel 2009 in attuazione dell'art. 128 bis tub, introdotto dalla legge sulla tutela del risparmio (lg. 262/2005), come reazione agli scandali finanziari dell'epoca. Il procedimento si svolge di fronte ad un organo collegiale costituito *ex ante* (l'articolazione territoriale prevede sette collegi, Bari, Bologna, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino, oltre che la composizione più autorevole del Collegio di Coordinamento), secondo specifici criteri indicati nella delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275 e da disposizioni di Banca d'Italia. La decisione di diritto emanata al termine del procedimento in contraddittorio (meramente documentale) non è vincolante per le parti, non precludendo pertanto il successivo ricorso agli organi della giurisdizione ordinaria. La pronuncia assume comunque conseguenze di carattere *reputazionale* sull'intermediario non adempiente, il cui nome è pubblicato all'interno di un apposito registro consultabile sul sito web dell'arbitro <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/>.

Sui caratteri e sul funzionamento dell'ABF, si veda G.L. CARRIERO, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e Impresa*, I 2018, pag. 35-44; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario nell'ambito dei sistemi ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, X, 2011, pag. 1216 ss.; E. QUADRI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2010, pag. 305 ss.; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 2010, pag. 261 ss.; F. MAIMERI, *Commento sub art. 128-bis*, in F. Belli – G. Losappio – M. Porzio – M. Rispoli Farina (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano 2010, pag. 1144 ss.

² *Ex multis*, Collegio di Roma, 29 luglio 2011, n. 1673; Collegio di Roma, 8 novembre 2013, n. 5686; Collegio di Milano, 14 gennaio 2014, n. 165; Collegio di Napoli, 14 aprile 2014, n. 2330; Collegio di Milano, 23 gennaio 2015, n. 500; Collegio di Coordinamento 7 luglio 2016, n. 6173; Collegio di Napoli, 15 luglio 2016, n. 6468; Collegio di Roma, 7 novembre 2016, n. 9848; Collegio di Roma, 16 febbraio 2017, n. 1437. Tutte le pronunce sono consultabili in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/>.

³ A titolo di esempio, si immagini l'ipotesi in cui Tizio decide di compiere lavori di ristrutturazione ed ampliamento della propria abitazione per un ammontare di centocinquantamila euro. Egli non ha a disposizione la somma necessaria, ma, forte del suo elevato stipendio che gli permette di mettere da parte ogni mese dei soldi (risparmio) e non avvertendo l'urgenza di intraprendere l'opera di ristrutturazione in breve periodo (tempo), decide di concordare con la Banca S un piano finanziario (moneta\tempo) diretto all'accumulo del capitale necessario al pagamento della ristrutturazione del suo appartamento. L'operazione viene strutturata nel modo seguente. In una prima fase, Tizio si impegna a versare millecinquecento euro ciascun mese presso la Banca S., su un conto vincolato e remunerato da parte dell'istituto di credito ad un tasso costante. Una volta raggiunto l'importo concordato di sessantacinquemila euro, Tizio potrà ottenere un finanziamento dalla Banca S per la differenza tra il valore complessivo dei lavori (centocinquantamila euro) e la somma già accumulata nella prima fase (sessantacinquemila euro).



a ben vedere, cittadinanza anche nel nostro ordinamento (§4) e conduce ad una soluzione alternativa all'orientamento dell'ABF (§5).

2. L'orientamento dell'ABF: invalidità della clausola e restituzione della commissione

Come detto, il problema del mancato rimborso di quanto versato alla banca a titolo di commissione per la stipula di un mutuo che poi non è stato nei fatti assegnato ha ad oggetto una clausola che *i*) è contemplata nei modelli contrattuali standard impiegati dalle banche, *ii*) è dovuta direttamente con la sottoscrizione iniziale del contratto di risparmio edilizio; *iii*) è solitamente di importo pari all'1% del totale del valore complessivo dell'operazione⁴. La somma oggetto della commissione e della domanda di rimborso è dunque versata all'apertura del rapporto in una fase antecedente al mutuo vero e proprio. Anzi, al momento del pagamento della commissione, il finanziamento rappresenta un evento futuro e incerto, in quanto condizionato sia al regolare adempimento delle rate nella fase c.d. di risparmio, sia all'espressione di un consenso da parte del cliente all'erogazione della somma residua sul valore totale del contratto⁵.

2.1. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa che vieta penali in caso di recesso del consumatore

Nell'esaminare la domanda di rimborso avanzata dal cliente, le decisioni arbitrali muovono nella qua-

si totalità dei casi dalla qualifica della commissione in parola nei termini di una clausola penale⁶.

Per giungere a tale qualificazione, l'ABF si interroga su quale sia la funzione che la commissione dovuta dal cliente intende soddisfare e ciò fa a partire dalla sua stessa formulazione. In primo luogo, infatti, questo indirizzo rileva come il testo della clausola contenuta nel contratto di risparmio edilizio esclude che la commissione possa formare oggetto di rimborso o finanche di riduzione in caso di estinzione anticipata del rapporto, ovvero della sua prosecuzione nella fase a risparmio⁷. In secondo luogo, l'orientamento in parola rileva l'assenza di una giustificazione causale autonoma dell'onere, che, si osserva, non poggia su alcuna contropartita in termini di prestazione o servizio effettivamente erogato da parte della banca. Il cliente difatti, in costanza di un'estinzione anticipata del rapporto, non è in grado di profittare dei vantaggi derivanti dalla partecipazione alla funzione mutualistica del sistema delle *Bausparkassen* e delle agevolazioni in termini di costo del finanziamento.

Pertanto, il collegio arbitrale ravvede nella convenzione della commissione di stipula la funzione esclusiva di predeterminazione dell'ammontare del risarcimento in ipotesi di estinzione anticipata del rapporto (cd. *clausola di estinzione anticipata*)⁸. In altre parole, il pagamento della clausola, per il tramite di un'operazione di riconduzione ad una figura socialmente tipizzata e regolata nel nostro ordina-

⁶ In questi termini si pronuncia il Collegio di Coordinamento (7 luglio 2016, n. 6173), secondo il quale "il versamento del diritto di stipula [ha] natura sostanziale di penale, poiché, da un lato, ne è escluso il rimborso nei casi di recesso da parte del cliente e, dall'altro, risulta privo di autonoma giustificazione causale, non trovando la propria contropartita in alcuna prestazione o servizio resi dall'intermediario in favore del cliente". Su natura funzione e struttura della clausola penale, si veda, F. FIORAMONTI, *La clausola penale*, in *Clausole negoziali*, a cura di Massimo Confortini, Milano 2017, pag. 803 ss.; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile (a cura di), Milano 2016, pag. 1092 ss.; F.P. PATTI, *Contratti internazionali e clausola penale: esigenze di armonizzazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, pag. 792-801; E. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2011, pag. 927; P. PERLINGIERI, *Sub art. 1382 - 1384*, in *Codice Civile commentato* (a cura di), Napoli 2010; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, III, Milano 2000; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; A. MARINI, *Clausola penale*, in *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma 1988, pag. 6; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1984; V.M. TRIMARCHI, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1959; G. GORLA, *Il contratto*, Milano 1955, pag. 261; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948, pag. 132 ss.

⁷ In tal senso, ABF, Coll. Roma, dec. 9848/2016, *cit.*

⁸ Tale pattuizione viene di regola apposta nei contratti di finanziamento, a fronte della possibilità riconosciuta al mutuatario di estinguere il rapporto prima della naturale scadenza, per remunerare la rinuncia da parte della banca alle somme cui avrebbe avuto diritto a titolo di interessi sul capitale residuo (la clausola prevede difatti l'applicazione di una percentuale, solitamente intorno all'1%, sull'ammontare rimanente del finanziamento).

⁴ Riprendendo l'esempio fatto in nota 3, la percentuale a titolo di commissione di stipula viene calcolata sul valore complessivo dei lavori (centocinquantamila euro), indipendentemente dall'effettiva erogazione del mutuo da parte della banca (ottantacinquemila euro) a seguito della messa a risparmio della somma da parte del cliente (sessantacinquemila euro)

⁵ L'ipotesi in cui il cliente decida di non domandare l'assegnazione del mutuo, ma di continuare la fase a risparmio, è meno peregrina di quanto si possa pensare. Specie in costanza di rapporti di più risalente accensione, gli interessi convenuti per l'erogazione del mutuo non risultano più particolarmente attrattivi nel mutato contesto economico in cui sono maturati i presupposti per l'assegnazione. Per il *Bausparer* risulta difatti maggiormente conveniente rivolgersi nuovamente sul mercato, ove sono previsti interessi più bassi, continuando a percepire invece interessi attivi sulla somma a deposito. Specie nelle diverse ipotesi in cui la stipulazione del contratto non fosse giustificata da una reale finalità di carattere edilizio, numerosi risparmiatori hanno trovato in questa figura contrattuale una forma di rendita sicura di investimento. Con riferimento all'esperienza tedesca, da conto del problema, in dettaglio, D. BARTLITZ, *Die Kündigung von Bausparverträgen*, in *ZfPW* 2017, pag. 109-128.



mento, garantirebbe alla banca una forma di indennizzo rispetto alla facoltà del cliente, una volta maturate le condizioni indicate nel piano, di non richiedere l'erogazione del finanziamento concordato.

Una volta riconosciuta dunque la natura di clausola penale della commissione di stipula, l'ABF ha gioco facile a ravvisare un suo contrasto evidente con le previsioni che limitano l'autonomia negoziale del professionista nella contrattazione con il consumatore (art. 33., lett. e) cod. cons.)⁹ e della banca rispetto alla facoltà di recesso del cliente nei rapporti a tempo indeterminato (art. 120-bis tub)¹⁰. La convenzione, imponendo un limite sostanziale alla libertà di recesso del consumatore, non è in grado derogare le norme imperative sulla tutela della parte debole nel rapporto di consumo, in quanto disposizioni aventi rilievo di ordine pubblico.

2.2. L'invalidità della commissione di stipula per violazione della normativa in materia di trasparenza

Un ulteriore appunto critico da cui muovono alcuni collegi territoriali lamenta che la clausola di commissione per la stipula del mutuo contenuta nel contratto di risparmio edilizio soffra, inoltre, di carenze in ordine alla trasparenza¹¹. In particolare, la

⁹ Secondo l'art. 33., lett. e) cod. cons., sono da considerarsi presuntivamente vessatorie quelle clausole che “[consentano] al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere”. Integrare con biblio da commentario. Diversamente, P.SIRENA, *Presunzione di vessatorietà*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Commentario a cura di G.Alpa e S.Patti, Milano 2003, pag. 207, secondo cui, più che di presunzioni, si tratterebbe di una inversione dell'onere della prova rispetto a quello previsto nell'art. 2467 c.c.

¹⁰ L'art. 120-bis tub riconosce il diritto del cliente “di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese”. Nel settore del credito immobiliare, tale previsione è ulteriormente rafforzata dal successivo art. 120-ter tub, che sanziona con un'ipotesi di nullità speciale relativa “qualunque patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui [...] per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione”. L'ambito di questa specifica ipotesi di nullità è circoscritto alle ipotesi di finanziamento che siano finalizzate all'acquisto o alla ristrutturazione di immobili e comporta la piena libertà di scelta da parte mutuatario di adempiere anticipatamente rispetto alla scadenza del mutuo, senza che ciò comporti la necessità di sopportare costi ulteriori; in questo senso, G.VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano 2017, pag. 134.

¹¹ Si veda, ad esempio, Abf, Coll. Roma, 5686/2013, cit. Sulla trasparenza in ambito contrattuale, si veda A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in

documentazione contrattuale fornita al cliente non offrirebbe alcun tipo di delucidazione in ordine alla natura e alla funzione per cui quella somma deve essere corrisposta in sede di stipulazione del rapporto, limitandosi, invece, a prevedere il *quantum* della prestazione dovuta, sotto forma di percentuale sul valore del contratto. Di per sé, la dizione generica della corresponsione della somma a titolo di “diritto di stipula” non costituirebbe difatti profilo dirimente per identificare il servizio o la prestazione che quest'ultima è tesa a remunerare.

Questo filone prescinde dalla qualifica della clausola in termini di penale. Esso, piuttosto, prende le mosse dalla definizione della commissione alla stregua di una componente di costo quale “tassi di interesse, prezzi e altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti” (art. 116 t.u.b.). In conformità alle disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziaria, da tale qualificazione deriva per la banca il rispetto di obblighi informativi in sede precontrattuale. Il cliente non sarebbe pertanto messo in condizioni di comprendere se la commissione vada a predeterminare un risarcimento in ipotesi di recesso, ovvero remunerare la prestazione del procuratore di affari o costituisca un onere da sostenere come forma di partecipazione agli scopi mutualistici propri del sistema delle *Bausparkassen*¹².

2.3. L'elemento comune all'orientamento ABF: lo spaccettamento dell'operazione di risparmio edilizio

La valutazione dei collegi arbitrali affronta la tematica della validità in ottica strettamente ricollegata al profilo specifico della clausola, mettendo in secondo piano la dimensione della qualificazione complessiva del rapporto e ciò si coglie come diretta conseguenza dell'orientamento assunto nei due profili sopra esaminati.

Banca Borsa e Titoli di Credito, II, 2018, pag. 143 ss.; E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in E. Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, Trattato Rescigno-Gabrielli, Torino 2016, pag. 5 ss.; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna 2013; S.PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in Enc. Dir., Annali V, Milano 2012, pag. 1280 ss.

Sul profilo della trasparenza e delle tutele contrattuali, G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli 2013; P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 2013; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano 2012; A. ZOPPINI, *Apunti in tema di rapporti fra tutele civilistiche e disciplina della trasparenza bancaria*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2012, I, pag. 35 ss.

¹² Da conto di questo dibattito, Abf., Coll. Napoli, 5973/2013, cit.





A ben vedere, la stessa interpretazione della commissione in termini di penale - come tale illecita ex artt. 33, lett. e) cod. cons. e 120 bis tub - è possibile solo considerando il momento dell'apertura del rapporto - ossia quello in cui sorge il diritto alla commissione in capo alla banca - come un qualcosa di a sé stante, tale da privarla di una giustificazione causale autonoma, da ravvisarsi in una contropartita in termini di prestazione della banca.

Da questo punto di vista, l'orientamento dell'ABF in parola si avvicina all'indirizzo della giurisprudenza di merito in tema di oneri, commissioni ed usura¹³. Anche in questo distinto frangente, il rapporto viene "disassemblato", nella logica ricostruttiva della giurisprudenza, come prodotto finanziario frutto del collegamento negoziale fra tre diverse ed autonome fattispecie¹⁴: il contratto di risparmio edilizio, il mutuo immediato senza ammortamento e una promessa di assegnazione del mutuo al termine del periodo di risparmio. La complessa configurazione della fattispecie negoziale non consente, di conseguenza, di ricondurre semplicisticamente l'operazione alla categoria dei "mutui ipotecari a tasso fisso", perché solo al termine della prima fase del rapporto la banca è obbligata a concedere un mutuo con piano di ammortamento predefinito, a fronte dell'obbligo del cliente di effettuare versamenti mensili a risparmio. Il mutuo immediato

erogato contestualmente alla sottoscrizione del contratto di risparmio e all'iscrizione dell'ipoteca sui beni immobili deve pertanto essere ricondotto alla categoria dei "crediti personali alle famiglie", in virtù del carattere puramente eventuale ed ipotetico della stipula del successivo mutuo di assegnazione.

L'insieme di questi due orientamenti - sulla commissione e sulle voci usurarie - mostra una chiara predilezione da parte della giurisprudenza per una lettura dell'operazione di investimento che, pur valorizzandone la finalità complessiva, conferisce uno spazio di autonomia causale alle singole fasi, le quali concorrono al raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalle parti in virtù del loro collegamento. L'elemento caratteristico di questo orientamento - che muove secondo la tradizionale riconduzione della tipologia contrattuale atipica nelle categorie ed nei tipi già conosciuti dal nostro ordinamento¹⁵ - è costituito difatti dalla identificazione della seconda fase (quella dell'erogazione del finanziamento) come di un contratto autonomo e distinto rispetto a quella dell'accumulo a risparmio, con un proprio peso specifico nella dinamica del rapporto, tale da non consentirne una riduzione in chiave forzosamente unitaria. Pur cogliendo dunque la funzionalizzazione dell'operazione ad uno scopo comunque unitario, la giurisprudenza sembra interpretare e qualificare la figura del contratto di risparmio edilizio come un rapporto contrattualmente complesso, frutto dell'intreccio fra più negozi collegati fra loro ma contraddistinti, ciascuno, da una propria autonomia causale.

3. L'Abschlussgebühr nella giurisprudenza tedesca in tema di Bausparvertrag

La questione della efficacia della clausola inserita nel contratto di risparmio edilizio che attribuisce una commissione per la stipula del mutuo all'istituto di credito già al momento dell'apertura del rapporto è oggetto di discussione anche in Ger-

¹³ Cfr. Tribunale di Bolzano 28 aprile 2017 n. 529; Tribunale di Lecco 19 ottobre 2016, n. 664; Tribunale di Campobasso 22 novembre 2016, n. 508; decisioni reperibili integralmente in dirittobancario.it; nonché Tribunale Venezia 11 ottobre 2016, in dirittobancario.it; Tribunale di Latina, Sez.II, 21 luglio 2016, in DeJure.it.

¹⁴ L'orientamento è ribadito da una recentissima pronuncia di merito (Tribunale Tivoli, 23 luglio 2018, in dejure), secondo cui il "mutuo [fondiario] è a sua volta inserito in un prodotto finanziario costituito dal collegamento negoziale tra tre distinti contratti". L'espressione "prodotto finanziario" riprende letteralmente il testo della disposizione contenuta nell'art. 1 tuf (come modificato in conseguenza della direttiva MiFID), secondo cui, "1. Nel presente decreto legislativo si intendono per: [...] u) "prodotti finanziari" gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari;". Sui problemi di definizione e di individuazione della categoria del "prodotto finanziario", si veda P.FERRO-LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, in Riv. dir. civ., 2010, pag. 133 ss.; M.FRATINI, *Prodotti finanziari, valori mobiliari e strumenti finanziari*, in M.Fratini-G.Gasparri, a cura di, Il testo unico della finanza, I, Torino, 2012, sub art. 1, pag. 20 ss.; M.ONZA- L.SALAMONE, *Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari*, in Banca borsa e titoli di credito, 2009, I, pag. 575 ss.

Per quanto consta in questa sede, sembra tuttavia che il riferimento da parte dei Tribunali alla figura del prodotto finanziario assuma una valenza esclusivamente terminologico/definitoria, volta ad inquadrare la matrice causalmente orientata del collegamento fra contratti, senza tuttavia che la figura impiegata porti con sé conseguenze in termini di apposita disciplina (il riferimento va, nello specifico, alle regole sull'offerta al pubblico di prodotti finanziari e sull'offerta pubblica di acquisto o di scambio, artt. 93 bis ss., tuf).

¹⁵ Ricorda, in proposito, De Nova come "la mentalità conservatrice dei giuristi ed esigenze obiettive di certezza fanno sì che anche per il diritto si possa parlare di un fenomeno di inerzia: il desiderio di staccarsi il meno possibile dal terreno consolidato porta infatti ad affrontare i problemi nuovi utilizzando gli schemi già noti e familiari [...] Ecco quindi che, dovendo decidere una controversia attinente ad un contratto, l'atteggiamento spontaneo del giudicante è quello di chiedersi di che contratto si tratti, a quale tipo appartenga", in G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pagg. 3-15. Ancora, Sacco: "L'interprete non si domanda se il contratto appartenga o meno ad un tipo, se sia o meno tipico. Egli si domanda a quale tipo appartiene questa o quell'altra fattispecie", in R. SACCO-G.DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, pag. 1413. A mo' di esempio di questa impostazione si veda la ricostruzione della figura in parola offerta da U. MINNECI, *Il contratto di risparmio edilizio: una forma di mutuo a risparmio?*, in dirittobancario.it.

mania, sistema dove la figura contrattuale (*Bausparvertrag*)¹⁶ si è diffusa¹⁷, consolidata¹⁸ ed è rego-

lata in ogni sua fase¹⁹. Anzi, la suddetta questione costituisce uno dei temi più dibattuti nella giurisprudenza tedesca²⁰ e, di recente, ha formato oggetto di un'importante decisione della corte federale tedesca (*Bundesgerichtshof*, BGH)²¹. Pertanto, appare opportuno ricostruire più nel dettaglio l'indirizzo tedesco anche perché, nello sviluppo delle proprie linee argomentative l'ABF non sembra

| 52

¹⁶ Dal tedesco, *der Bau* - l'edificazione, *sparen* - risparmiare, *der Vertrag* - il contratto. L'idea dell'investimento a risparmio nel settore immobiliare è tipicamente connaturata nella mentalità tedesca, tanto da elevarsi nel noto detto "*sparen ist besser als Schulden machen*" ("Risparmiare è meglio che contrarre debiti", riportata da H. KLEINER, *Handlungsrahmen und Strukturen für Bausparkassen*, in *Banken in globalen und regionalen Umbruchsituationen*, Festschrift für Johann Heinrich von Stein zum 60. Geburtstag, 1997, Stuttgart, pp. 769-782). I commentatori tedeschi collocano nel 7-8 maggio 1945 la cd. *Stunde Null* ("ora zero") dell'attuale sistema del risparmio edilizio, cfr. Müller M., *Bausparen in Deutschland zwischen Inflation und Währungsreform 1924-1948*, München, 1999. La nascita e la prima diffusione del sistema del risparmio edilizio in Germania è però precedente, e viene individuata nell'iniziativa assunta dal pastore protestante Friedrich von Bodelschwingh con la fondazione nel 1885 della "*Bausparkasse für Jedermann*". Il sistema ha poi raggiunto il punto di massima espansione a cavallo fra gli anni '80 e '90, quando fattori di carattere demografico e politico hanno influenzato fortemente l'andamento del mercato immobiliare aumentando esponenzialmente la domanda di abitazioni di proprietà, specie fra i giovani. Le statistiche riportano un aumento da 150.000 nuove abitazioni nel 1990 fino al picco massimo di oltre 250.000 all'inizio degli anni 2000 (fonte: Statistisches Bundesamt, ifo Institut, in *Jahrbuch 2017 des Verbandes der Privaten Bausparkassen*, Berlin 2018, pag. 18).

¹⁷ Per una prima bibliografia sulla figura e senza pretesa di esaustività; L. HAERTLEIN, *Kündigung von Bausparverträgen wegen Störung der Geschäftsgrundlage*, in *BB*, 6, 2018, pag. 259-266; H.M. KREPOLD-C. HERRLE, *Negative Zinsen – rechtliches Neuland*, in *BKR* 2018, pag. 89-99; M. VELS, *Die Kündigung von Bausparverträgen mit Bonuszinsen*, in *WM*, 12, 2018, pag. 551-556; A. MAIER, *Bankrecht 2017*, in *VuR* 5, 2018, pag. 163-174; D. BARTLITZ, *Die Kündigung von Bausparverträgen*, in *ZfPW* 2017, pag. 109-128; S. OMLOR, *Kündigungsrecht der Bausparkassen nach Zuteilungsreife*, in *BKR* 2017, pag. 237-249; H. KLINGER-A. TITTE, *Die Rechtmäßigkeit der Kündigung von Bausparverträgen durch Bausparkassen*, in *BKR* 2017, pag. 99-106; A. FREISE, *Kündigungsrechte von Bausparkassen – Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 21.2.2017 – XI ZR 185/16 und XI ZR 272/16*, *BKR* 2017, pag. 229-236; O. LANGENER, *Einlagengeschäft*, in *Bankrechts-Handbuch*, Band I, a cura di Schimansky-Bunte-Lwowski, München 2017, pag. 2315-2374; R. KRONENBURG, *Bauspardarlehen*, in *Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht*, a cura di Darleder et al., Berlin Heidelberg 2017, pag. 981-1024; M. KÖHLER, *Die Auswirkungen des Niedrigzinsumfelds auf die Bausparkassen*, in *ZBB/JBB* 5, 2015, pag. 316-322; C. BARLEON, *Kapitalanlage in Sparformen*, in *Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht*, a cura di Assies-Beule-Heise-Strube, Köln 2015, pag. 1345-1392; A. PIEKENBROCK- T. LUDWIG, *Laufzeitunabhängige Bearbeitungsentgelte bei Verbraucherdarlehensverträgen aus deutscher und europäischer Sicht*, in *WM* 2012, pag. 2349 ss.; J. NIEBLING, *Die Inhaltskontrolle von Bankenbedingungen*, in *VuR*, 8, 2011, pag. 283-289; Id., *AGB Bausparkassen: Zur Zulässigkeit einer Abschlussgebühr iHv 1% der Bausparsumme*, in *VuR* 3, 2011, pag. 93-95.; C.M. DÜSSEL, *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)*, in *Praxiswissen Bankrecht*, a cura di Thomas Thöne, Frankfurt, 2011; G. NOBBE, *Neuregelungen im Verbraucherkreditrecht*, in *WM*, 2011, pag. 625 ss.; B. MAYEN, *Aufklärungspflichten bei neuen Kreditformen – Zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Fall der Bausparsofortfinanzierung mit Fremdgeldsparung*, in *WM* 1995, pag. 913; U. REIFNER., *Risiko Baufinanzierung*, Berlin 1993.

¹⁸ Il provvedimento che regola la struttura e l'attività delle *Bau-*

sparkassen è il *Bausparkassengesetz* (BSpKG), entrato in vigore il 16.11.1972 e successivamente modificato il 15.02.1991 e da ultimo alla fine del 2015. Il *Bausparvertrag* è invece oggetto di una disciplina composita frutto dell'applicazione delle norme generali del BGB in tema di mutuo (§ 488 ss.), di quelle specifiche per il credito al consumo e per il credito immobiliare ai consumatori. Il contenuto vero e proprio del contratto è invece regolato dalle condizioni generali di contratto (MBB - *Muster Bedingungen für Bausparverträge*), secondo espresso riferimento contenuto all'interno della BSpKG (§ 5 "*Le casse di risparmio edilizio devono basare la loro attività commerciale sui Principi Operativi Generali e sulle Condizioni Generali per i contratti di risparmio edilizio*").

¹⁹ Lì si distingue appunto tra una prima, chiamata fase a risparmio (*Ansparphase*) diretta all'accumulo di una somma di denaro (*Bausparguthaben*) da parte del cliente (§ 1, Abs. 2 (BSpKG), e al cui esito consegue poi la seconda fase con la concessione da parte della *Bausparkasse* § 1, Abs. 1 (BSpKG) di un finanziamento (*Zuteilung des Bauspardarlehns*) a tasso particolarmente contenuto e fisso, per scopi inerenti la costruzione o ristrutturazione di immobili (*wohnungswirtschaftliche Verwendungen*). La principale prestazione che il *Bausparer* deve adempiere durante la fase a risparmio è il versamento in un conto acceso presso la *Bausparkasse* della somma di denaro necessaria alla concessione del mutuo. L'ammontare di questa somma di denaro è calcolata sulla base di una percentuale della somma complessiva dell'investimento (*Bausparsumme*) (§2 MBB). La somma così versata è vincolata ed è remunerata e remunerata periodicamente da interessi attivi, versati dalla *Bausparkasse*, in misura anch'essa fissa e predeterminata nel contratto (§ 3 MBB). L'integrale versamento da parte del cliente della *Bausparguthaben* conclude questa prima fase. Tale evento, difatti, determina per il *Bausparer* il sorgere di un vero e proprio diritto del cliente all'assegnazione del mutuo (§ 4 MBB). La disciplina normativa prevede infatti che il cliente possa richiedere in ogni momento l'erogazione del finanziamento, per l'importo stabilito nella differenza tra il valore complessivo del contratto (*Bausparsumme*) e la somma accumulata fino a quel momento (*Bauspardarlehen*). L'assegnazione del mutuo può avvenire sia attraverso una comunicazione diretta della *Bausparkasse*, sia a seguito di una specifica richiesta in tal senso da parte del cliente (§ 6 MBB). Con l'assegnazione del mutuo, il rapporto entra nella seconda fase (*Darlehensphase*) e prosegue conformemente alle regole generali previste dal BGB (§§ 488-515) e quelle specifiche frutto della ricezione della direttiva sul credito al consumo e sul credito immobiliare (§ 12 MBB).

²⁰ Si veda, in proposito, LG Dortmund, Urteil 15 febbraio 2009, AZ 8 O 319/08; LG Hamburg, U. 22 maggio 2009, AZ 324 O 777/08, in *WM* 2009, pag.1315; OLG Stuttgart, U. 3 dicembre 2009, AZ 2 U 30/09, in *MDR* 2010, pag. 705; OLG Hamm, U. 01 febbraio 2010, AZ 31 U 130/09, in *MDR* 2010, pag. 702. In senso apertamente critico, si veda G.Bitter-D.Linardatos, "Der Banksenat des BGH hat gesprochen: Ende der Vertragsfreiheit und Zwang zur Ineffizienz im Darlehensrecht!", in *ZIP* 2018 Heft 25-26, pag. 1203 ss.

²¹ BGH, Urteil, 7.12.2010 - XI ZR 3/10 (OLG Stuttgart, LG Heilbronn), in *BKR* 2011, pag. 162 ss.; in *VuR*, 3, 2011, pag. 93 ss.; in *BB*, 2011, pag. 654; in *ZIP*, 2011, pag. 263 ss.





ignorare il dibattito tedesco, pur ritenendo tuttavia di doversene discostare in punto di conclusioni²².

Innanzitutto, il punto centrale per la comprensione della posizione tedesca è costituito dalle coordinate del sindacato giudiziale (*Inhaltskontrolle*)²³. Come è noto, infatti, nell'ordinamento tedesco tale controllo è tradizionalmente riservato alle sole clausole contrattuali attinenti ad una prestazione che sia accessoria (*Preisnebenabreden*)²⁴ rispetto a quella principale (*Preishauptabreden*) dedotta nel contratto²⁵. Orbene, se la giurisprudenza ammette il con-

trollo giudiziale sulla clausola di commissione di stipula (*Abschlussgebühr*) contenuta nel *Bausparvertrag* è perché essa stessa viene in considerazione come dazione di denaro di carattere accessorio rispetto alla prestazione principale, ossia la pretesa giuridica (*Rechtsanspruch*) del cliente (*Bausparer*) di ottenere l'erogazione del mutuo in conseguenza dell'accumulo delle somme necessarie (§ 1, Abs. 1 e 2 BSpKG)²⁶.

La natura accessoria propria della *Abschlussgebühr* apre al sindacato giudiziale sulla clausola e ne colora ogni ricostruzione, che non è mai nel senso della analisi atomistica della clausola contrattuale, ma sempre in relazione al contratto nel suo complesso. In particolare, secondo un primo orientamento, la commissione costituirebbe il corrispettivo per l'ingresso del cliente (*Bausparer*) nella cd. *Bauspargesellschaft* (comunità dei risparmiatori)²⁷, cui consegue, già con la conclusione del *Bausparvertrag*, il riconoscimento in capo al *Bausparer* di un vero e proprio diritto di opzione avente ad oggetto l'erogazione del mutuo a tasso predeterminato e spesso agevolato rispetto alle medie di mercato²⁸.

Frankfurt-Eschborn gehaltenen Vortrags., WM 2008 Heft 5, pag. 185 ss. Per una posizione critica sulla distinzione fra prestazioni principali e prestazioni accessorie del contratto, si veda WAND, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Rdn. 18/54 ss.; HORN, WM 1997, SBeil. 1, pag.12 ss.; FRÜH, WM 1998, pag. 63 ss.

²⁶ A fronte di questa pretesa, la banca non si trova però in una condizione di assoluta soggezione, in quanto il § 7 MBB le riconosce il diritto a ricevere adeguate garanzie rispetto alla prestazione dovuta, oltre al dovere di condurre la valutazione sul merito creditizio (*Kreditwürdigkeitsprüfung*). Con riguardo, invece, all'ipotesi in cui il *Bausparer* non provveda a richiedere l'assegnazione entro il termine stabilito o revochi una precedente accettazione, la normativa si limita a precisare che il contratto prosegue la sua esecuzione, senza che venga meno la facoltà di domandare successivamente l'erogazione del finanziamento alle condizioni precedentemente concordate (§ 5, Abs. 2-3 MBB).

²⁷ Su questa posizione, OLG Hamm, in WM 2010, pag. 702 ss.; LG Hamburg, in WM 2009, pag. 1315 ss.; FREY, *Rechtmäßigkeit der Abschlussgebühren bei Bausparverträgen*, in ZfIR, 2009, pag. 418 ss.; L. HAERTLEIN – A. THÜMMLER, *Die Wirksamkeit von Abschlussentgeltklauseln in Allgemeinen Bausparbedingungen*, in ZIP 2009, pag. 1197 ss.; M. STOFFELS, *Gerichtliche Überprüfbarkeit von kreditwirtschaftlichen Entgeltregelungen – dargestellt am Beispiel der Abschlussentgelte bei Bausparverträgen* in BKR 2010, pag. 359 ss.

²⁸ La lettera della legge sembra smentire però la configurazione di un diritto di opzione, in capo al *Bausparer*, in quanto è fatto divieto alla banca di vincolarsi all'erogazione del mutuo entro un preciso lasso temporale (§ 4, Abs. 5 BSpKG), limitando, di conseguenza, la posizione di soggezioni di quest'ultima alla pretesa del cliente. I vari aspetti che contraddistinguono l'opzione nel diritto dei contratti tedesco sono approfonditi in dettaglio nel lavoro di M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, Tübingen 2005; l'A. definisce il diritto di opzione (*das Optionsrecht*) come "*das Recht einer Person, durch einseitige Erklärung einen neuen Vertrag herbeizuführen oder einen bestehenden Vertrag inhaltlich zu modifizieren*" (il diritto riconosciuto ad una persona, attraverso una manifestazione di volontà unilaterale, di concludere un nuovo contratto o di modificare il contenuto di uno preesistente). Sul patto di opzione nell'ordinamento italia-

²² Chiara, in questo senso, la presa di posizione del Collegio di Coordinamento, quando afferma che "*La sentenza della Corte federale tedesca, quando giustifica la causale del diritto di stipula, compie una scelta che implica necessariamente valutazioni di merito e che, quindi, può essere contraddetta dal giudice straniero. Per il resto essa s'incentra sulla compatibilità delle clausole contrattuali in esame con il sistema normativo tedesco, ne sottolinea trasparenza e comprensibilità, ma omette di confrontarle con la normativa comunitaria e di valutare la rilevanza che questa attribuisce alla tutela in senso ampio del consumatore. Ma il giudice (quindi anche l'arbitro) italiano deve scrutinare dette clausole e la normativa che le legittima alla luce dell'art. 16 comma 1 della citata legge n. 218 del 1995, il quale stabilisce che l'ordine pubblico costituisce un limite all'applicabilità in Italia della legge straniera.*" (cfr. Collegio Coordinamento ABF, 7 luglio 2016, n. 6173).

²³ La disciplina tedesca prevede una disciplina specifica, relativa alla facoltà del giudice di valutare il contenuto delle clausole contrattuali predisposte unilateralmente attraverso il meccanismo delle condizioni generali di contratto (*Allgemeine Geschäftsbedingungen - AGB*). Lo scopo prefigurato dalla normativa è di evitare forme di approfittamento da parte del predisponente il quale, facendo leva sulla divergenza di forza contrattuale, imponga alla controparte delle condizioni non conoscibili o comunque inique (cfr. in dettaglio, Niebling, *Die Inhaltskontrolle von Bankenbedingungen*, in Verbraucher und Recht, 2011, pag. 283 ss.). La disciplina prevista dai §§ 305 - 307 BGB sanziona con l'inefficacia (*Unwirksamkeit*) le previsioni contenute nelle condizioni generali quando, in violazione del principio di buona fede, svantaggino in modo indebito la parte contro cui queste sono predisposte. La norma provvede inoltre ad indicare i casi "sintomatici", cui si possa ricondurre una situazione di svantaggio indebito: a) disposizione non è chiara e comprensibile; b) incompatibile con la logica sottostante alla norma dalla quale si discosta (*wesentlichen Grundgedanken*); c) limitazione dei diritti e degli obblighi essenziali che risultino dalla natura del contratto, tale da costituire una minaccia per il raggiungimento dello scopo. Sull'articolazione in dettaglio, Staudiger - Coester, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen*, 2013, § 307, Rn 1.

²⁴ Cfr., ex multis, BGH, Urteil vom 18. April 2002, III ZR 199/01, in WM, pag. 1355 ss.

²⁵ Cfr. BGH, Urteil 24.11.1988, III ZR 188/87. Quello delle commissioni bancarie (*Bankentgelte*) e della loro validità costituisce uno dei principali temi di dibattito in Germania dell'ultimo ventennio, nell'ambito della disciplina della tutela del consumatore. Viene rimesso al giudice il potere/dovere di effettuare un controllo sul contenuto di queste clausole, quali condizioni generali di contratto (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) ai sensi del § 305, Abs. 1 BGB, il cui esito negativo comporta l'inefficacia delle stesse quando sfavoriscano la parte contro cui sono predisposte contrariamente al dovere di buona fede (§ 307, Abs. 1 BGB). Un'ampia ricostruzione del dibattito sul cd. *Inhaltskontrolle* delle condizioni generali di contratto è offerta da G. NOBBE, *Zulässigkeit von Bankentgelten*Gekürzte Fassung des am 26.11.2007 bei der WM-Tagung Bankrecht in*

Tale posizione consentirebbe di superare l'*impasse* circa la validità della clausola, riconoscendogli un valore di corrispettivo ad un impegno assunto dalla banca all'erogazione successiva del mutuo²⁹. La clausola andrebbe, in sostanza, a remunerare la posizione di "soggezione" della banca, a fronte dell'impegno assunto all'erogazione del mutuo, a seguito del soddisfacimento dei requisiti per la fase di accumulo e del consenso da parte del *Bausparer*.

Questa lettura non è tuttavia l'unica interpretazione possibile della funzione della clausola. Vi è, in particolare, chi ammette l'efficacia della clausola escludendo una corrispondenza tra la commissione ed una specifica controprestazione contrattuale della banca³⁰. Ad esempio, la BGH, nonché la precedente decisione in grado istanza d'appello, avevano riconosciuto il fondamento della commissione nell'interesse "mediato" del cliente al sostegno dell'attività di reclutamento di nuova clientela da parte della banca. In questo senso, il pagamento della commissione già al momento della sottoscrizione del contratto costituirebbe, di fatto, una forma di remunerazione e di sostegno alla rete commerciale della banca, del cui sviluppo si avvantaggia anche il cliente.

no e sui dibattiti circa la sua natura, si veda, S. LOMBARDO, *Clausola di opzione*, in *Clausole negoziali*, a cura di Massimo Confortini, Milano 2017, pag. 543 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di Realmondo, Milano 1996, pag. 53 ss. E. GABRIELLI, *Opzione*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma 1990; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969; G. GORLA, *Note sulla distinzione fra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, pag. 163 ss.

²⁹ Nè, d'altra parte, varrebbe a minare la legittimità di quest'onere, il fatto che debba essere corrisposto indipendentemente dall'effettiva erogazione del mutuo: la pretesa del cliente rimane infatti una aspettativa giuridicamente fondata (*entsprechende Anwartschaft*), con una modulazione che può, a sua volta, articolarsi diversamente qualora si propenda per una tesi *unitaria* o *plurale* del rapporto. Secondo l'orientamento unitario, la conclusione del contratto di mutuo avverrebbe già in fase preliminare di stipula del *Bausparvertrag*. Come tale, l'effettiva erogazione del finanziamento costituirebbe una mera esecuzione di un contratto unitario scandito, al suo interno, da due diverse fasi, regolate da un unico accordo. A sostegno si veda, FREITAG-MÜLBERT, in *Staudiger Kommentar*, BGB, Neubearb. 2010, § 488, Rn. 539, nonché N.YILDIRIM, *Kündigung von Bausparverträgen: Wirksamkeit und Folgen für den Bausparer*, in *VuR* 2015, pag. 258. Secondo la diversa visione del rapporto di risparmio edilizio come operazione che si sviluppa in due momenti successivi, corrispondenti a due diverse e distinte manifestazioni di volontà negoziale, il *Bausparvertrag* si configurerebbe come un vero e proprio *preliminare di contratto (Vorvertrag)*, dal quale scaturisce esclusivamente una pretesa (*Anspruch*) alla conclusione del successivo contratto di mutuo. Cfr. L.HAERTLEIN, A.THÜMMLER, *Die Wirksamkeit von Abschlussentgeltklauseln in Allgemeinen Bausparbedingungen*, in *ZIP* 2009, pag. 1197.

³⁰ Per questa posizione si veda, su tutti, G.NOBBE, *Zulässigkeit von Bankentgelten*, in *WM*, 5, 2008, pag. 185 ss., secondo il quale, la commissione di stipula non costituisce remunerazione di alcuna prestazione di un servizio da parte della banca, in quanto relativa ai costi di provvigione degli agenti commerciali (*Vertriebskosten*).

Infatti, il tempo di attesa per la maturazione dei requisiti per l'assegnazione del mutuo è direttamente influenzato dall'apporto continuo di risorse da parte di nuovi risparmiatori³¹.

Dopo averne escluso la contrarietà alla normativa sulla trasparenza³² e sul *Bausparvertrag* (che non contiene disposizioni regolanti espressamente le facoltà ed i limiti delle parti nella convenzione di commissioni, di guisa che neanche da quella normativa si possa far discendere l'illiceità della clausola), la BGH risolve il controllo ex art. 307 BGB della clausola accessoria di *Abschlussgebühr* a partire da questa seconda tesi. Infatti, proprio muovendo dalla considerazione per cui la clausola assume i connotati di una provvigione a favore degli agenti commerciali, la BGH ha affermato di non ravvisare nella clausola neanche il diverso indice di inefficacia che il §307 BGB individua nello scopo, mediante la pattuizione di una determinata clausola, di scaricare sul cliente, i costi che la legge o altri obblighi contrattuali secondari imporrebbero alla banca, o comunque riferibili ad un interesse facente capo ad essa. Come chiarito dalla Corte Federale, non si ravvisa nessun limite da parte della legge o dal rispetto dell'obbligo di buona fede (*Treu und Glauben*) a trasferire sul cliente parte dei costi del sistema di reclutamento di nuova clientela, in quanto comunque rispondente ad un suo interesse diretto.

4. Interpretazione della clausola.

Il raffronto tra l'indirizzo dell'ABF e la giurisprudenza tedesca mostra due modi distinti di guardare al medesimo problema, ossia il diritto del cliente (*Bausparer*) ad ottenere il rimborso della commissione di stipula del mutuo che, in forza di una clausola (*Abschlussgebühr*) contenuta nel contratto di risparmio edilizio (*Bausparvertrag*), questi ha versato, nell'ipotesi in cui la banca si rifiuti di assegnargli il mutuo. Se nell'orientamento interno vi è una tendenza a guardare la clausola nella sua individualità (penale), senza collocarla nel contesto globale del negozio, nel sistema tedesco l'attenzione offerta al profilo di accessorietà della pattuizione

³¹ OLG Stuttgart, 3.12.2009 - 2 U 30/09, in *WM* 2010, pag. 705 ss.

³² La Corte Federale ha innanzitutto escluso che la clausola in parola sia in contrasto con la logica sottostante alla normativa sulla trasparenza, e ciò in quanto la formulazione della clausola, oltre ad essere chiara e comprensibile, manifesta in modo esplicito sia l'entità, che le modalità di accredito della somma. Questa circostanza impedisce di considerare realizzata una violazione del precetto sulla trasparenza, che, come noto, obbliga il professionista a porre il cliente in grado di identificare con precisione gli obblighi e le conseguenze negative che scaturiscono dalla sottoscrizione di quella clausola. In questo senso, viene confermata la decisione di primo grado (LG. Heilbronn, in *Wm* 2010, pag. 702 ss.).





impone di guardare alla commissione in relazione all'intera logica sottesa all'operazione.

Da questa distanza discende, come visto, una diversità di risultati.

Nell'orientamento interno, la tendenza dell'ABF è quella di obbligare la banca a restituire la somma che il cliente aveva pagato in forza di una clausola che viene dichiarata non efficace. Nell'esperienza tedesca, invece, il mancato passaggio alla fase di finanziamento dell'operazione per rifiuto dell'istituto di credito non si traduce nel rimborso della commissione pagata dal *Bausparer* in forza della *Abschlussgebühr* che si ritiene essere valida³³.

Orbene, se si considera che anche il nostro sistema predilige l'adozione di una lettura che non segmenti il contratto nelle sue diverse articolazioni, ma ne offra una ricostruzione alla luce del contesto dell'operazione negoziale nel suo insieme³⁴, per poter provvedere ad identificarne la natura e la funzione cui essa è preordinata, si comprende che la distanza tra le impostazioni e gli orientamenti sia in realtà il frutto di un'erronea interpretazione dell'ABF e non già di una diversità più profonda e giustificata.

D'altra parte, nel senso di una debolezza della ricostruzione dell'ABF milita la stessa qualifica della clausola nei termini di una penale.

Vale difatti ricordare come la somma a titolo di commissione venga erogata e corrisposta dal cliente comunque al sorgere del rapporto, senza dipendere in alcun modo dal verificarsi di eventi legati a suo inadempimento o, in alternativa, dalla volontà di non richiedere l'erogazione del finanziamento. La circostanza per cui, in ipotesi di estinzione anticipata (come anche di stallo, per così dire, nella fase a

risparmio) la somma non deve essere retrocessa al cliente, costituisce un fattore solo di apparente affinità con la diversa fattispecie della clausola penale. Anche qualora il rapporto si svolgesse secondo la fisiologica esecuzione concordata tra le parti, la somma corrisposta a titolo di commissione di stipula non dovrebbe comunque essere retrocessa al cliente, in quanto non funzionale ad assicurare la garanzia di un suo corretto adempimento, né tantomeno a predeterminare il prezzo del suo inadempimento³⁵.

Pertanto, e onde evitare di cadere in errore, occorre innanzitutto evitare una riconduzione forzata del contratto atipico di risparmio edilizio alle sole categorie note, per poi considerarlo alla stregua di un *contratto misto*, inteso come semplice somma delle diverse discipline (tipiche) che lo compongono³⁶. Difatti, intendere il contratto in parola come atto che presenta elementi di affinità con il deposito irregolare, con la promessa di mutuo, con il mutuo di scopo, significa coglierne solo limitati aspetti, perdendone di conseguenza la prospettiva unitaria, che conferisce il senso all'operazione³⁷.

³⁵ Nuovamente chiara la lettera della normativa tedesca, ove si afferma che la "*Abschlussgebühr non viene, neppure in parte, retrocessa o diminuita. Ciò vale soprattutto quando il Bausparvertrag venga risolto, quando sia ridotta la Bausparsumme o quando non sia stata erogata completamente*" (MBB. § 1, Abs. 2).

Per l'inquadramento di questa duplice funzione della clausola, si fa riferimento a G.VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano 2017, pag. 653.

³⁶ Un inquadramento più risalente della teoria del contratto misto è quello riportato in T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in Riv. Dir. Comm., 1930 G. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova 1934; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952; per il dibattito in Germania, si veda HÖNIGER, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, München Leipzig 1910; SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, in Jhering's Jahrbücher, 1911, pag. 106 ss.

³⁷ L'operazione in esame presenta difatti taluni caratteri di apparente affinità rispetto a figure già conosciute nel nostro ordinamento. Nello specifico, la prima fase del rapporto sembra presentare solo un'identità di oggetto rispetto alla figura del deposito irregolare di denaro (art. 1782 c.c.), per la diversità di contenuto dell'obbligo in capo alla banca depositaria di erogare il finanziamento contemplato dal piano, in contrapposizione all'obbligo tipico di questa figura di restituzione del tantundem. Maggiore affinità sembra potersi invece rinvenire nella figura della promessa di mutuo (art. 1822 c.c.), specie in relazione alla sua configurazione quale procedimento negoziale di anticipazione della tradizione; in ordine alla qualificazione della promessa di mutuo, si veda V.DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano 1990. In letteratura si è molto discusso in ordine alla possibilità di applicazione del rimedio della sentenza costitutiva (art. 2932 c.c.) a fronte di una promessa non seguita effettivamente dall'erogazione della somma convenuta: la giurisprudenza, pur affermando di trovarsi in presenza di un rapporto giuridico del tutto idoneo a costituire una fonte produttiva di diritti ed obblighi per le parti, ha tuttavia escluso l'ammissibilità di un siffatto rimedio (cfr. Cass., 18 giugno 1981, n. 3980, in Giust. civ., 1982, I, pag. 202, con nota di M.R. MORELLI, *Sull'ammissibilità del preliminare e su altri*

³³ Il rifiuto da parte dell'istituto di credito di procedere all'erogazione del finanziamento dipende, per la maggior parte dei casi, da un sensibile peggioramento della situazione patrimoniale o del valore delle garanzie offerte dal *Bausparer*, tale da pregiudicare la restituzione della somma data a mutuo; a queste condizioni, la normativa delle condizioni generali del contratto, riconosce il diritto di recesso in capo alla banca (MBB § 12, lett. c).

³⁴ Ampie ed approfondite riflessioni sul tema della causa e dell'operazione economica sono dedicate negli studi di, E.GABRIELLI, *Il codice napoleone, il contratto e l'operazione economica*, in Riv. Dir. Comm., I, 2018, pagg. 1-18; Id., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2009, pag. 905 ss.; N.IRTI, *Un contratto incalcolabile*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 2015, pagg. 21 ss., secondo cui "*prima nella prospettazione delle parti e poi nella decisione del giudice e, la fattispecie del contratto è sostituita dall'operazione economica, e come alla funzione tipica e costante subentra la causa concreta e individuale*"; M.NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in Studi in onore di Giuseppe Benedetti, Napoli 2008, pag. 1229 ss.; G.B.FERRI, *Operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico individuale del negozio giuridico*, in Dir. giu., 2008, pag. 318 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova 1999; G.DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in Contratti, 1995, pag. 106 ss.

Pare invece opportuno trattare il contratto di risparmio edilizio come fattispecie *innominata* ed *atipica*³⁸, che fa ingresso nel nostro ordinamento in ragione della meritevolezza degli interessi che è preordinato a perseguire³⁹, che si contraddistingue

per una formazione - che potremmo definire - *procedimentalizzata* del negozio, possono essere e che deve pertanto essere compreso solo nel contesto complessivo in cui sono collocabili. Ciò vale a dire che, fra i singoli momenti in cui si articola il contratto, intervengono differenze sostanziali sul piano del contenuto delle prestazioni delle parti, ma identità di funzione rispetto alla causa comune dell'operazione. Questa peculiarità di struttura merita dunque una piena valorizzazione in ottica di individuazione della disciplina applicabile (quella dettata dal documento contrattuale convenuto fra le parti, prima, e quella derivante dalle regole generali del codice e della normativa di settore, poi).

56 *aspetti della problematica attuale del contratto di mutuo*). Spazi per l'applicazione del rimedio costitutivo sono invece stati ravvisati in presenza di una promessa di mutuo agevolato di scopo ai sensi dell'art. 47 Tub (cfr. G. FAUCEGLIA, *Promessa di mutuo*, in Commentario del codice civile, diretto da Enrico Gabrielli, III, 2011, pag. 234); la configurabilità del rimedio non va letta tuttavia in relazione alle caratteristiche proprie della figura del mutuo, quanto alla presenza di una convenzione espressa con la pubblica amministrazione ai fini dell'erogazione di un finanziamento a condizioni agevolate. È proprio difatti quest'ultimo carattere che consente di tracciare un'ulteriore linea di demarcazione con l'operazione in commento, in quanto il mutuo agevolato ex art. 47 tub si configura come un rapporto trilatero, nel quale il mutuatario assume caratteristiche maggiormente assimilabili a quelle del terzo beneficiario del contratto.

³⁸ Ritengo di seguire quell'orientamento dottrinario, facente capo agli studi di Costanza, che più correttamente differenzia fra loro l'uso del termine "contratto atipico" da quello di "contratto innominato". Sottolinea M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano 1981, pag. 1, come "Nel linguaggio giuridico moderno l'espressione contratti atipici, per indicare figure contrattuali che non sono espressamente previste e regole nell'ordinamento giuridico positivo, è proposta come alternativa alla formula contratti innominati"; il "nomen", prosegue l'A. "è per un contratto una semplice etichetta. Esso ha un valore puramente indicativo, ma è neutro relativamente al contenuto sostanziale e soprattutto alla disciplina che va applicata alla fattispecie [...] La formula contratti atipici, che invece si ricava dalla parafrasi dell'art. 1322 c.c., è molto più compromettente".

Di diverso avviso è invece F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952, pag. 214, secondo cui "l'espressione contratto innominato equivarrebbe a contratto che non ha un nome nel sistema della legge; ma, in definitiva, non avere un nome dipende, a sua volta, dal fatto che il dato contratto non è assoggettato a disciplina propria; ed è questo ultimo l'esatto concetto di contratto innominato". La tendenza a non differenziare fra loro l'uso di questi termini è rinvenibile anche nella dottrina più recente, fra cui, E. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2011, pag. 400, secondo cui "Oggi, con il riconoscimento generale del contratto atipico, la parte che intenda azionare diritti contrattuali non ha più l'onere di nominare il tipo di contratto concluso e la relativa azione: può limitarsi ad affermare di aver concluso un contratto, e a chiedere la tutela dei diritti conseguenti sulla base di un'atipica e innominata azione da contratto". La distinzione tra inoltre fondamento in una scelta espressa del legislatore, in quanto "Il codice italiano vigente sostituisce la contrapposizione contratti nominati-innominati con l'altra contratti appartenenti-non appartenenti ai tipi che hanno una disciplina particolare", in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pag. 1402.

³⁹ Non è difatti da dubitarsi che l'esigenza di suddivisione del rapporto in due fasi distinte, l'una prodromica rispetto all'altra, realizzi un assetto di interessi cui le parti possano legittimamente dar vita, in piena conformità del principio di autonomia contrattuale.

Per quanto in dottrina vi sia consapevolezza che il "problema dell'individuazione dei criteri di meritevolezza che i contraenti intendono realizzare mediante il contratto è indubbiamente il problema centrale del concetto di autonomia privata" (G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, nota a Corte App. Milano, 29 dicembre 1970), in Riv. dir. comm., 1971, p. 87), sul tema, è noto, si osserva una grande incertezza e si

registra con particolare chiarezza la distanza tra le varie impostazioni degli interpreti. Per una prima panoramica si vedano, sin d'ora, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi* in Riv. dir. civ., 1978, I, p. 57-74; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in Contr. impr., 1987, p. 427-430; A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in Nuova giur. civ. comm., 2018, p. 253; U. BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in G. Alpa, U. Breccia, A. Liserre, *Il contratto in generale*, III, Tratt. Bessone, 1999, p. 89; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in Riv. dir. civ., 2011, I, p. 789; A. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in Riv. dir. civ., 2012, p. 5; e, tra la manualistica, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2017, III, p. 251. Per parte sua, la giurisprudenza, dopo un lungo periodo di sostanziale irrilevanza della disposizione, ne fa in tempi recenti un maggiore impiego dell'art. 1322, co. II. In tal senso, si vedano sin d'ora: Cass. 31 luglio 2017 n. 19013 (in www.italgiure.giustizia.it/sncass/); Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 (in Foro it., 2017, I, c. 1919 con commento di M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *ivi*, c. 3115, e con nota di S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della "claims made" agli albori della tipizzazione della clausola*, in Danno resp., 2017, p. 452); Cass. sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 4424 (con nota di A. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in Nuova giur. civ. comm., 2017, p. 1205); Cass. Sez. Un., 06 maggio 2016, n. 9140 (con commento di R. CALVO, *Clausole "claims made" fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in Corr. giur., 2016, p. 727); Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900 (con nota di G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in Nuova giur. civ., comm., 2016, p. 855); Cass. 10 novembre 2015, n. 22950 (con osservazioni di M. COSTANZA, in Soc., 2016, p. 729, "For you for nothing" o immeritevolezza); Cass. 30 settembre 2015, n. 19559 (con osservazioni di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*); Cass., 17 marzo 2015 n. 5216 (con nota di F. FRATINI, *Rilevanza esterna delle norme endoassociative e validità dei contratti*, in Rass. dir. econ. sport, 2015, p. 402); Cass. 08 febbraio 2013, n. 3080 (in Rep. Foro it., 2014, voce Farmacia, n. 14 e con commento di S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, in Rass. dir. civ., 2014, p. 1301); Cass. 19 luglio 2012 n. 12454 (in Rep. Foro it., 2012, Mutuo, n. 13 e con commento di G. RISPOLI, *Clausole generali e regole settoriali*, in Giur. it., 2013, p. 1812) e Cass. 19 giugno 2009 n. 14343 (in Rep. Foro it., 2010, voce Locazione, n. 126 e con commento di R. CALVO, *Locazione tra autodeterminazione e funzione esistenziale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, p. 317).



5. Conclusioni

In luogo di una lettura della validità della clausola che metta in secondo piano la considerazione unitaria del rapporto e proceda a una sua frammentazione nei diversi segmenti che lo contraddistinguono (convenzione del piano - deposito rateale - maturazione dei presupposti - erogazione del mutuo - adempimento del mutuo), risulterebbe dunque più in linea con il nostro sistema un'interpretazione della pattuizione che prenda le mosse dall'operazione complessiva in cui essa si inserisce. Ragionando altrimenti, a ciascuna fase del rapporto corrisponderebbe l'applicazione di una singola disciplina, slegata dal contesto generale di operatività del negozio e calata nelle specificità del relativo segmento.

Una volta aderito invece a questo diverso orientamento andando a valorizzare, giova ripeterlo, la matrice funzionalmente unitaria dell'operazione, pare possibile affermare che la clausola che attribuisce alla banca una percentuale sul valore complessivo del contratto a titolo di commissione per la stipula del mutuo *i*) risponde ad una logica - e presenta una struttura - profondamente diversa da quella della clausola penale, che è predeterminazione forfettaria di un danno da inadempimento⁴⁰; *ii*) costituisce una componente di costo strettamente connaturata alla funzione e alla *ratio* del rapporto; *iii*) realizza un assetto di interessi pienamente meritevole di tutela.

La norma tedesca di riferimento è chiara e non vi sono ragioni per non ricercare in essa spunti per leggere la fattispecie anche in un diverso contesto di applicazione.

Non vi è chi non veda, infatti, come già il § 1, Abs. 2 (BSpKG) individui la *causa* del contratto nell'acquisizione, da parte del *Bausparer*, di una pretesa (*ein Rechtsanspruch*) all'assegnazione di un mutuo a tasso particolarmente vantaggioso rispetto a quelli praticati sul mercato, a seguito dell'accumulo di una somma a risparmio. La disposizione scandisce la struttura del contratto in due momenti ben distinti, ciascuno dei quali regolato da un diverso riparto di diritti ed obblighi fra *Bausparer* e *Bausparkasse*, ma senza distaccarsi dalla finalità centrale del rapporto: quella di soddisfare un interesse, di rilievo "pubblicistico", all'erogazione di mutui agevolati per esigenze immobiliari.

⁴⁰ Parla in proposito, il Messineo, di una promessa accessoria d'un contraente, che determina l'obbligo per l'altra parte di effettuare una determinata prestazione, "a titolo di pena (o multa), per il caso di inadempimento ingiustificato dell'obbligazione nascente dal contratto". La penale agisce dunque come "fonte di un'obbligazione condizionale (l'evento in condizione è l'inadempimento), nella quale obbligazione, si converte ope legis l'obbligazione originale non adempiuta", vedi F.MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952, pag 131 ss.

Funzionale al perseguimento di questa finalità risulta essere, in definitiva, la previsione stessa della commissione di stipula, la quale non costituisce altro che un ingranaggio del funzionamento complessivo di questa operazione.

Il carattere mutualistico proprio del sistema delle *Sparkassen* costituisce difatti l'elemento sulla cui base essa poggia la sua validità e meritevolezza. La clausola non opera difatti secondo la logica di scarico di costi che la legge imporrebbe altrimenti all'intermediario⁴¹, né tantomeno quale forma di sanzione per deviazioni rispetto allo schema prefissato nel piano di finanziamento. La capacità del sistema di autoalimentarsi mediante la garanzia della messa a risparmio delle somme, nonché il sostegno di una rete commerciale che incentivi un apporto continuo di risorse, sono caratteri funzionali di un meccanismo che mira all'obiettivo prevalente della cd. *inclusione finanziaria* dell'individuo e alla realizzazione delle primarie esigenze di carattere immobiliare⁴².

È la stessa *ratio* complessiva di garantire l'aspettativa giuridica del *Bausparer* all'erogazione del finanziamento al soddisfacimento dei requisiti finanziari, che giustifica, di conseguenza, la corresponsione della commissione, indipendentemente dal concreto e successivo svolgimento del rapporto.

Orbene, trovandosi in presenza di una clausola non riconducibile ad ipotesi nominativamente tipizzate dal nostro legislatore, ma rispondente ad un preciso assetto di interessi meritevole di tutela, nonché trasparente, la commissione deve trovare pater-

⁴¹ Uniforme, in questo senso, la giurisprudenza tedesca nel privare di efficacia le clausole contenute all'interno delle condizioni generali di contratto, qualora il predisponente abbia trasferito sul cliente costi che, sulla base di prescrizioni di legge, ovvero di obblighi accessori derivanti dal contratto (*vertraglichen Nebenpflicht*), avrebbero dovuto gravare sulla banca stessa (cfr. BGH, Urt. 21 ottobre 1997 – XI ZR 5/97, in BGHZ 137, 43 ss.; BGH, Urt. 13 febbraio 2001, XI ZR 197/00, in BGHZ 146, 377 ss.; BGH, Urt. 21 aprile 2009, XI ZR 78/08, in BGHZ 180, 257 ss.).

⁴² In uno dei report più recenti della Banca Mondiale si sottolinea il ruolo fondamentale nella prospettiva di sviluppo, che è svolto dalla *financial inclusion*, attraverso istituzioni finanziarie "that facilitate financial intermediation, including payment systems, credit information bureaus, and collateral registries. Financial infrastructure also includes a regulatory framework that fosters both consumer protection and competition among financial institutions" (WDR, *Risk and Opportunity. Managing Risk for Development*, 2014, pag. 46 consultabile all'indirizzo https://siteresources.worldbank.org/EXTNWDR2013/Resource/s/8258024-1352909193861/8936935-1356011448215/8986901-1380046989056/WDR-2014_Complete_Report.pdf).

Lo sviluppo dell'inclusione, delle infrastrutture e dell'innovazione nel campo finanziario è al centro di importanti lavori di economisti, cfr. R.J. SHILLER, *Finance and the good society*, Princeton 2012; ID, *The new financial order*, Princeton 2003; A.BARNASEK, *The Economics of Integrity*, New York 2010; A.NICCOLI, *L'innovazione finanziaria*, Roma 1989; W. DOUGLAS, *Democracy and finance*, New Haven 1940.



nità anche all'interno del nostro ordinamento, in quanto valida e produttiva di effetti.



