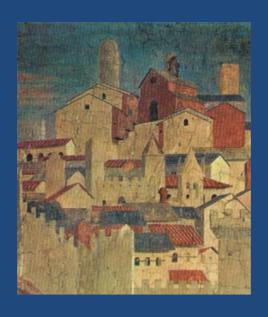
PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line www.personaemercato.it

Anno 2019 – Numero 4

Saggi

La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?, di Stefano Pa-	
gliantini	p. 123
Le figure sintomatiche nel diritto privato, di Salvatore Orlando	p. 131
Vita familiare e conservazione dello stato di fi- glio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di	
maternità all'estero, di Antonio Gorgoni	p. 141

Materiali e commenti

La sentenza delle Sezioni unite sulla nullità se-	
lettiva: tra protezione e buona fede, di Chiara	
Sartoris	n 69

Attualità

Nullità	selettive	e	"riequilibrio	effettivo".	
L'evoluz	zione della	buc	ona fede, di Gio	useppe Vet-	
tori					p. 21

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; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; 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; Ettore Battelli; Carmelita Camardi; Raffaeele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Giovanni D'Amico; Matteo Della Casa; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Arianna Fusaro; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; 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 riprodutti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Antonio Gorgoni; Salvatore Orlando; Stefano Pagliantini; Chiara Sartoris; Giuseppe Vettori.

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







LA NULLITÀ SELETTIVA QUALE EPIFANIA DI UNA DEROGA ALL'INTEGRALITÀ DELLE RESTITUZIONI: L'INVESTITORE È COME IL CONTRAENTE INCAPACE?

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La narrazione delle S.U. 28314/2019. – 3. Nullità del contratto asimmetrico e restituzioni. – 4. La ripetizione dell'indebito dal punto di vista del contraente debole. – 5. Il prototipo codicistico di uno statuto restitutorio di protezione (artt. 1443 e 2039 c.c.). – Postilla.

ABSTRACT. Con un bilanciamento che nessuno poteva presagire, le S.U. hanno sentenziato di una nullità di protezione che deroga tanto al disposto dell'art. 1421 quanto dell'art. 1422 cc. Il diritto alla ripetizione del solo investitore incontra il limite di un'eccezione di slealtà laddove il suo danno sia inferiore al lucro tratto.

Il saggio cerca di evidenziare la novitas di uno statuto restitutorio ad hoc per il contratto asimmetrico nullo che sia stato eseguito.

Addressing a balance that no one could predict, the Italian Supreme Court has sentenced a nullity of protection, which derogates from the provisions of art. 1421 and art. 1422 cc. The right of restitution of the investor meets the limit of an exception of disloyalty, where his damage is less than the profit made.

The essay highlights the novelty of a tailor-made restitutive statute for the invalid asymmetric contract that has been executed.



Premessa.

Se, anziché nella Parigi del XVIII secolo, travolta da una crisi finanziaria senza precedenti, Usbek ed il suo giovane amico Rica, i due brillanti intellettuali protagonisti delle Lettres persanes (Amster-| 124 dam, 1721), si trovassero a soggiornare nell'Italia odierna, c'è una maniera succosa con la quale riuscirebbero a decrittare il displuvio di significati radicato nel sintagma enigmatico, e tutto italiano, di "nullità selettiva"? Sempre che ne esista una, naturalmente, è nostra impressione che la formula maieutica più acconcia, in quanto munita del maggior grado di approssimazione al vero, potrebbe essere la seguente: la nullità selettiva è un problema di misura della tutela obbligatoria spettante ad un investitore solvens sine causa. Dopo di che, se la faccenda si situa nell'intersezione tra nullità (del contratto quadro) e ripetizione (dell'indebito), diventa vistosamente consequenziale, come fanno adesso le S.U. 28314/2019, declinarla secondo lo spartito di un'esperibilità della tutela restitutoria riguardata in cioè rapportandola al negativo, un'esecuzione interinale che potrebbe ostare al suo svolgersi.

> Se dall'alta lezione di Enzo Roppo, al quale questo scritto è dedicato, possiamo trarre una miriade di spunti fecondi, tra i più preziosi c'è senz'altro quello nel quale Egli scrive di una legittimazione relativa (della nullità) la quale, riducendo «il rischio d'impugnativa del contratto, increment[a] le possibilità che [questo] contratto, ancorché invalido, continui a operare»¹. Sulla scorta di questa premessa vien facile infatti domandarsi se il nuovo mondo del "di protezione "non conosca, in realtà, la zona oscura di una nullità (non parziale) ma del contratto che le conseguenze vacilla quando derivanti dall'accertamento del vizio si racchiudano in un'appendice restitutoria penalizzante per la parte cliente, outsider, ci direbbe Roppo, rispetto all'affare. Siamo così dalle parti del rimedio, se tale è il dispositivo che sia «in stretto e diretto rapporto dialogico» con un dato interesse², che può ricavarsi soltanto a posteriori giacché è parametrato sulla peculiare «natura dell'interesse da soddisfare, valutato in concreto nei suoi elementi specifici soggettivi e oggettivi»³: con insuperabile espressività, Giuseppe Benedetti direbbe, probabilmente, che tutto ad un

tratto ci troviamo calati in una dimensione che è

La narrazione delle S.U. 28314/2019.

Siccome la narrazione, se la inquadriamo nella cornice della dicotomia interpretativa che ha originato la rimessione alle S.U., è arcinota, un sunto basta ed avanza: una nullità selettiva ad libitum scopertamente tratteggia una fattispecie che vede l'investitore trasformato in un soggetto titolare di copertura assicurativa, dell'intermediario, per ogni minusvalenza rampollante da un ordine in perdita. È in re ipsa qui, se non si coniano dei correttivi preposti a fare da schermo, che il "di protezione" dell'art. 23 T.U.F. verrà ad ottimizzare delle forme di opportunismo postcontrattuale in quanto è come se dicessimo che, rispetto all'ordine in default, l'investitore vanta una specie «di put option a costo zero»⁶, con un moral hazard che si mostra così, di per sé diremmo, meritevole di tutela. Anche un'antiselettività in purezza, già ci è capitato di scriverlo⁷, non scherza però: visto che è il titolo che tutto tiene, un giudicato di nullità retroattiva del contratto – quadro finisce infatti per conculcare apertamente la tutela dell'investitore, se è vero che la reciprocità dell'obbligo restitutorio, laddove non pareggi, potrebbe pure ribaltare «il segno della condanna»⁸, con un credito restitutorio a vantaggio dell'intermediario. Il che, detto di passata, stride pure in una chiave di effettività (della tutela) eurounitaria (artt. 38 e 47 CDFUE), essendo pacifico per la Corte di giustizia che la asetticità dell'indebito è motivo di una (eccezionale) integrazione dispositiva del contratto, onde evitare gli effetti di una nullità totale sconveniente per il consu-



quella tipica di un'ermeneutica dell'effettività⁴, se (sottinteso) il problema divisato si risolve, come vedremo, in un'applicazione selettiva delle sole norme codicistiche non in conflitto con la ratio del rimedio riconosciuto all'investitore. Già Rodolfo Sacco, del resto, ci ha insegnato che la ripetizione dell'indebito può mostrarsi, all'occorrenza, come una tecnica espressiva di una «protezione insufficiente»⁵: e, notiamo adesivamente, non si vede per quale ragione così dovremmo etichettarla soltanto quando si faccia questione di prestazione del lavoratore.

¹ Vedilo in Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, ora in ROPPO, Il contratto del duemila, Torino, 20113, 71.

² Così, limpidamente, SCALISI, Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici, in Riv. dir. civ., 2018, 1057.

³ Nonché «nella trama delle infinitamente variabili circostanze fattuali che fanno da quadro e contesto allo stesso interesse»: cfr. Scalisi, op. loc. ult. cit.

⁴ Cfr. Benedetti, "Ritorno al diritto" ed ermeneutica dell'effettività, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, 513.

⁵ In Contratto di fatto, in Digesto, disc. priv., sez. civ., Agg⁵., Torino, 2010, 437.

⁶ Così VITELLI, Investimenti fuori sede e diritto di ripensamento ex art. 30 T.U.F., in Banca borsa tit. cred., 2019,

In La nullità di protezione come una nullità selettiva?, in questa rivista, 2019, I, 980 ss.

⁸ Così Maffeis, Nullità selettiva ? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo, in Dirittobancario.it, 2019.

matore. Di qui, eccoci già arrivati al punto, la "terza via" temperante ideata, a mo' di verità ascosa, dalle S.U. odierne: caduto il contratto – quadro, il solo investitore ha diritto alla ripetizione con una facoltà, di domandare la restituzione dei soli ordini in perdita, paralizzabile per il tramite di un'eccezione di buona fede che l'intermediario, spogliato invece dello speculare diritto a domandare la restituzione delle cedole riscosse, può opporre, in tutto od in parte, secondo una logica di sottrazione aritmetica tra poste negative e positive. Esemplificando, se il risultato utile dell'azione di nullità è 100, ma l'investitore ha guadagnato 90, si riduce in proporzione senza mai però oltrepassare lo 0 in quanto, siccome è inibita la restituzione a suo danno, per le S.U. odierne l'investitore trattiene comunque quanto abbia *medio tempore* lucrato. Una penna autorevole scrive che «a venire in questione [è così] la determinazione ... della misura in cui il diritto di ripetizione spetta [all'investitore]⁹: in piena sintonia noi diciamo che, siccome se l'investitore è in bonis allora avremo un art. 2033 c.c. che si disapplica, la cifra di queste S.U. vede in realtà il canovaccio di una ripetizione unilaterale che può evolversi in un'irripetibilità bilaterale. Una nullità a retroattività debole o irretroattiva, al fine di scongiurare il prodursi di un arricchimento senza dell'investitore, può candidarsi così a formula che espressivamente cattura l'essenza di un ragionevole bilanciamento, tra i contrapposti dell'investitore e dell'intermediario, entrambi muniti di un sicuro fondamento costituzionale (artt. 41 e 47 Cost.). Prima facie però niente di strabiliante atteso che una nullità de futuro, cioè irretroattiva, o parzialmente retroattiva si colloca nei dintorni del risultato messo in forma da un art. 2126, c. 1, c.c., notoriamente recitante di una nullità che non produce effetto "per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione". Non v'è infatti chi non lo veda: un danno differenziale, che perimetra gli effetti propri di una declaratoria di nullità, innesca una vicenda, posizionata fuori dai canoni della condictio, nella quale nullità piena e validità (del contratto quadro) è come se venissero a coesistere. Per l'investitore, riguardato come un contraente strutturalmente debole, tertium non datur: o non ripete o lo fa nella misura in cui la sua minusvalenza supera la plusvalenza a motivo del correttivo di una buona fede che ha la virtù di garantire effetti diversi da quelli restitutori. Tradotto, siccome la restituzione non può essere in suo danno, melior est condicio possidentis, con un limite che funziona pure così rispetto all'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c.: epperò, se ha

guadagnato più di quanto abbia perduto, c'è una *retentio* dell'intermediario che si giustifica quale reazione dell'ordinamento all'*abuso* di una pretesa restitutoria. La palla così ripassa ai giudici di merito, quali Corti preposte a mediare tra gli «interessi in conflitto nella fattispecie concreta»¹⁰, chiamate qui nello specifico a verificare quando il comportamento dell'investitore non venga ad infrangere il «fondamentale principio di buona fede»¹¹.

3. Nullità del contratto asimmetrico e restituzioni.

Avendo già peccato, e per ben due volte¹², la facciamo breve: tutto naturalmente si tiene se conveniamo, alla maniera delle S.U., che lo statuto di eccezione delle nullità di protezione non è più singolo ma doppio, con una deroga testuale all'art. 1421 che si irradia così agli effetti di una declaratoria di nullità che non intercetterebbe più, perciò, la lettera dell'art. 1422 c.c. Alla critica, non certo asfittica¹³, che una deroga alla disciplina dell'indebito o è testuale oppure non si dà in quanto sistemicamente irrazionale, può replicarsi che le S.U. ragionano di un'eccezione sì virtuale ma orientata allo scopo della norma violata, dando così per buona una Stufenbau der Nichtigkeit che la dottrina italiana pur sempre rievoca, quando discorre, con più di un costrutto tra l'altro, di un polimorfismo odierno delle nullità. E poi, come si fa notare con stringente realismo, non è forse vero che una nomenclatura legislativa claudicante dilata «inevitabilmente lo spazio dell'integrazione di fonte giurisprudenziale»?¹⁴

Quindi, al di là di qualche inestetismo argomentativo sulle funzioni della buona fede¹⁵, nessuna aporia eclatante anche a motivo del fatto che l'interprete, ci sembra, dovrebbe piuttosto focalizzarsi su quel passo della motivazione ove le S.U.

¹⁵ Che, se vogliamo, possiamo pure riguardare a guisa di un principio maneggiato per «veicolare una soluzione altrimenti priva di una ben riconoscibile base legale»: così RORDORF, *op. loc. ult. cit.*



⁹ V. RORDORF, Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario, in Questione giustizia, 2020.

¹⁰ Così PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2014, 107.

¹¹ Cfr. RORDORF, op. loc. ult. cit.

¹² In L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona, in Nuova giur. civ. comm., 2020, in corso di stampa e, più ampiamente, in Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione"), in Contratti, 2020, anch'essa in corso di stampa.

¹³ V. C. Scognamiglio, Le Sezioni Unite e le nullità selettive: tra costruzione giurisprudenziale di uno statuto normativo delle nullità di protezione e valorizzazione dell'eccezione di buona fede, in Nuova giur. civ. comm., 2020, II, in corso di stampa.

¹⁴ Così RORDORF, Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario, cit.

sentenziano di un effetto impeditivo, va da sé

dell'azione restitutoria, etichettato come "integrale" quando il petitum dell'investitore dovesse risultare pari od inferiore al profitto ottenuto. Orbene, stante la circostanza che l'art. 23 T.U.F. codifica una legittimazione relativa ma non contempla, lo ribadiamo, | 126 una deroga espressa agli artt. 2033 ss., ne dobbiamo dedurre che le S.U. odierne avviano, in realtà, una riscrittura dell'art. 1422 c.c. quando il contratto caduco sia asimmetrico? Visto che pure la nullità di protezione può costituire il presupposto di obbligazioni restitutorie, diviene infatti intuitivo che il parcellizzare, alla maniera delle S.U., gli effetti di una declaratoria di nullità equivale a foggiare una disciplina ad hoc per l'indebito allorché, ecco il punto, la nullità di protezione (non sia nel) bensì di un contratto eseguito. Torna in auge, quand'è così, l'intuizione che fu di Stella Richter¹⁶, un'interpretazione delle disposizioni eponime degli artt. 2126 e 2332 c.c. non già quali previsioni eccezionali bensì come un'epifania del principio più generale per cui, «in tutti i rapporti di durata, la irretroattività non è connaturata soltanto alla risoluzione, ma altresì all'accertata invalidità del contratto». Un intuizione rimasta però lettera morta se si tiene conto intanto del fatto che già le S.U. 1613/1989 esclusero l'applicazione analogica dell'art. 2126 e poi della circostanza concorrente che ogni facere, quantunque non in natura, è restituibile per equivalente o come arricchimento senza causa ex art. 2041 Preso da questa angolazione, com'è autoeviden-

te, il discorso si fa però intrigante per l'elementare ragione che, se il *posterius* delle nullità prime non è che abbia mai calamitato granché l'attenzione della dottrina, quello delle nullità seconde è stato ancor meno compulsato, complice pure la circostanza che la sicura specialità degli artt. 125-bis, c. 9 T.U.B., 167, c. 2, c. ass. priv., 67-septiesdecies, c. 5, c. cons e 2, c. 1, l. n. 192/98 ne ha accreditato una lettura quali luoghi illustranti dei dispositivi sì deroganti al diritto comune ma, in pari tempo, di stretta interpretazione¹⁷. Più di uno spunto stimolante, è vero, lo offrirebbero due succosi contributi¹⁸, apparsi a distanza di un decennio l'uno dall'altro, il cui diverso argomentare non incide sull'idea (portante) di instaurare o costruire un continuum tra tutela contrattuale di annientamento e tutela restitutoria sì da evi-

tare, rieccoci al punto, che un'asettica restitutio in integrum dischiuda un diritto di ripetere in aperto conflitto con la ratio del rimedio primario. È esattamente il dire, per tornare alla pagina di quella penna autorevole che adesso stipulativamente parla di una nullità unilaterale¹⁹, di una Corte che maneggia il "di protezione" come un genitivo performativo dell'azione di ripetizione, avendola stilizzata quale unilaterale e però pure, al tempo stesso, come sempre da rapportarsi allo "zoccolo duro" della misura del guadagno ottenuto. Se non fosse che non ci risulta che l'intuizione esposta abbia fatto però breccia, tuttora dominando la scena una rappresentazione della ripetizione quale rimedio puramente ripristinatorio del tutto indipendente, perché neutrale, da una «qualsiasi finalità protettiva del contraente [debole]»²⁰. A supporre che, nella galassia dei contratti asimmetrici, lo statuto delle obbligazioni restitutorie debba improntarsi non ad un diritto comune, ritualizzante un assetto che mette in scacco il "di protezione", quanto e piuttosto ad una specialità di riequilibrio, tarata va da sé sul tipo di operazione economica eseguita, la torsione normativa, troviamo scritto, diviene macroscopica: perché è come se sostituissimo ope interpretationis al binomio buona/mala fede l'accoppiata, più politically correct, «contraente forte/contraente debole»²¹.

Ecco allora la domanda: con una *communis opinio* che restituisce l'istantanea di una ripetizione quale tecnica recuperatoria in senso stretto, è all'integrazione di fonte giurisprudenziale che deve guardarsi per provare a capire se la nullità (non parziale) ma del contratto asimmetrico a) si inserisce nel sistema dell'indebito oggettivo e, nel caso così dovesse risultare, lo fa b) restando ad esso solidalmente avvinta? Una nullità di protezione, basculante tra una retroattività in senso debole ed una irretroattività, è pur sempre una nullità nella quale il fatto di un'esecuzione (parzialmente o totalmente) satisfattiva viene reputata, per dirlo à la Moscati²², come una *giusta* causa dell'incremento patrimoniale



¹⁶ In Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1977, 175 s.

¹⁷ V., sia consentita l'autocitazione, PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, 256 ss.

¹⁸ V., rispettivamente, ANT. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 1206 ss. e BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 266 ss.

¹⁹ V. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, cit. L'antesignano di una siffatta impostazione è, in realtà, Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Rist. Camerino – Napoli, 1994, 469 laddove scrive di una nullità relativa quale figura, che si manifesta *oggettivamente*, carente di effetti nei riguardi di «certi interessati» e produttiva delle «conseguenze che gli son proprie riguardo ad altre persone». Per Betti, notiamo, la nullità relativa è una questione prettamente processuale, legata alla circostanza che esiste di diritto, senza che «l'interessato non abbia l'*onere di una iniziativa*» (471, nt. 20).

²⁰ Così Albanese, Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto, cit. 1206.

²¹ Così ZAPPATA, *Le restituzioni nei contratti nulli*, in DE NOVA (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Padova, 2012, 148.

²² In *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1981, *sub* artt. 2033 – 2040, 160 – 163.

lucrato dall'accipiens investitore: il quale, e non a caso, è messo pure al riparo da una contro-pretesa (dell'intermediario) di arricchimento ingiustificato. È qui, tutta rinserrata in questo spicchio, che l'irripetibilità può, se lo si vuole, riguardarsi come una sanzione civile indiretta a carico dell'intermediario²³, la cui eccezione di slealtà è a rime obbligate: non è forse vero, d'altra parte, che se l'investitore trattiene il lucro conseguito, potrà pure reinvestirlo negoziando per es. con un altro intermediario?

4. Ripetizione dell'indebito dal punto di vista del contraente debole.

Senz'altro, quella in epigrafe, è un'architettura argomentativa complessa, ma non è un dispositivo, intrinsecamente fragile, che salti fuori dal proverbiale cilindro:e, sinceramente, facciamo fatica a pensare che le S.U. odierne tematizzino un nonproblema (la riscrittura degli artt. 2033 ss. nell'area delle nullità seconde) che poi provvedono a risolvere con un non-principio (una ripetizione a misura di equilibrio inter partes): non foss'altro perché, notiamo, basta uno sguardo dall'alto per avvedersi che persino la c.d. neutralità del diritto comune non è sempre in danno della parte vittima di un inadempimento informativo o di un'estorsione contrattuale. A chi dovesse obbiettare che ci stiamo perdendo in una divagazione estravagante, verrà facile replicare che non è così perché sono proprio le S.U. odierne a squarciare il velo sui possibili significati nascosti di un art. 1422 c.c. che, nella cornice degli articoli ricompresi dal 1418 al 1424 c.c., ha sempre recitato il ruolo di una norma cenerentola.

Il discorso, su di un ripristino per indebito che non penalizza il contraente debole, può essere infatti vero, naturalmente sul presupposto che l'accipiens sia di mala fede, nei rapporti b2b quando le restituzioni debbano farsi non in natura ma per equivalente: il che, com'è intuitivo, potrà darsi di frequente se, torniamo ad esemplificare, un contratto (asimmetrico) di fornitura abbia ad oggetto dei beni deperibili e/o trasformati ovvero incorporabili oppure quando i beni prodotti siano stati nel frattempo venduti a terzi subacquirenti²⁴. Siccome qui il solvens, applicandosi il combinato disposto degli artt. 2037 e 2038 c.c., vanterà un credito restitutorio pari al valore di mercato della prestazione eseguita, se il prezzo che ha corrisposto è più alto, e quindi versiamo in una fattispecie di abuso per seller power, il solvens ripeterà la differenza rispetto al surplus pagato: mentre, ove il corrispettivo ottenuto per la fornitura sia più basso, ergo c'è qui invece un abuso causato da un buyer power, il credito restitutorio ammonterà alla differenza tra il corrispettivo ottenuto ed il prezzo di mercato. In ambedue gli esempi, quindi, è vero che la disciplina dell'indebito corregge indirettamente le attribuzioni patrimoniali eseguite in quanto il risultato di applicare gli artt. 2037 e 2038 c.c. sfocia nel riconoscere al solvens «un profitto equivalente a quello che avrebbe conseguito con l'esecuzione del contratto a condizioni non abusive»²⁵. Cave però: la ripetizione si atteggia a rimedio che remunera se diamo per presunto, pur se iuris tantum, che l'accipiens estorsore sia di mala fede, dedotta come un automatismo dalla nullità del contratto perché chi abusa non può non avere consapevolezza che il suo arricchimento è frutto di un indebito profitto contrattuale²⁶: ma così (in pari tempo) convertendo la mala fede, cioè uno stato soggettivo, in una condizione (oggettiva) di slealtà in contrahendo²⁷, neutralizzante un obbligo restitualtrimenti espresso dell'arricchimento conseguito, cioè in una forma prodromica ad un (tendenziale) ammanco di tutela per la parte vittima dell'abuso. Quindi l'impasse torna ad essere dietro l'angolo non foss'altro poi perché, aggiungiamo, la condictio indebiti si ritrasforma in un minus valeat, persino nei due esempi sopra citati, quando la restituzione dovesse effettuarsi in natura: è di nuovo infatti intuitivo che la reciprocità dell'obbligo restitutorio, se da un lato riequilibra perché evita il danno di un approfittamento contrattuale, dall'altro lo fa in una «misura minima», in alcun modo assecondante l'interesse del solvens ad assicurarsi «un giusto profitto»²⁸. E così, di distonia in distonia, torniamo punto e a capo, riacutizzando l'impressione che il dispositivo delle S.U. odierne colga nel segno visto che sono più di uno i casi nei quali, pur difettando una deroga espressa, il ripristino dello status quo ante vede la condictio operare come uno strumento collocante il contraente protetto, di là dal suo status di dettaglio, o «nella medesima condizione», detto à la Albanese, che lo ha costretto a stipulare un contratto iniquo o, Arpád Kásler (C-26/13) docet, in una condizione



²³ V. GALGANO, Alla ricerca di sanzioni civili indirette: premesse generali, in Contr. impr., 1987, 536 s.

²⁴ Dir. 633/2019 UE docet.

²⁵ Così Albanese, Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto, cit. 1218.

²⁶ V., in luogo di tanti, BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. Rescigno*, IX (Torino, 1984), 779 s.

²⁷ Un possibile *escamotage* potrebbe essere quello, dotato di un certo seguito in dottrina, di supporre che l'*accipiens* estorsore avrebbe acquistato beni dello stesso tipo da un altro fornitore epperò ad un giusto prezzo: col risultato, come si scrive, che, «ricevendo l'indebito, ha comunque realizzato un guadagno pari al risparmio di spesa»: così ALBANESE, *op. ult. cit.* 1209.

²⁸ Così Albanese, *op. ult. cit.* 1206.

persino deteriore. Un'anima riequilibrativa, alle corte, deve associarsi, in sede di tutela restitutoria, a quella di ripristino per non compromettere, diremmo, l'effettività di una nullità di protezione tale, sennò, soltanto *verbis*²⁹: e quindi, com'è intuitivo, *non più* rimedio. Scalisi di nuovo *docet:* messa da parte una retroattività *erga omnes* della nullità protettiva, «si deve ritenere che anche quella inter partes incontri il limite delle prestazioni di servizi già eseguite»³⁰.

5. Il prototipo codicistico di uno statuto restitutorio *di protezione* (artt. 1443 e 2039 c.c.).

Dopo queste S.U., avviandoci a concludere, si riaprirà allora una stagione tramontata, propizia a rispolverare l'idea di Stolfi³¹, la *condictio indebiti* non si applica alle prestazioni effettuate in esecuzione di un contratto nullo, ma aggiornandola perché deve farsi questione di un contratto a dissimmetria di potere?

Le voci critiche opporranno che il dispositivo delle S.U., in quanto integrazione giudiziale di una *littera legis* muta, incarna tutt'al più una discutibile professione di ottimismo della volontà³²: e, in un'ottica di legalismo positivista è, naturalmente, un enunciato, relegante in un canto la tecnica di una riduzione teleologica, che non fa una grinza. Senza scomodare il Giudice delle leggi e quel "microsistema" di irripetibilità dell'indebito previdenziale, pinguemente infarcito di decori solidaristici civil-costituzionali³³, a mo' di contrappunto, ci permettiamo però di osservare che il diritto comune cono-

sce la figura, retta notoriamente dal combinato disposto degli artt. 1443 e 2039 c.c., di un accipiens incapace che non è tenuto alla restituzione se non nei limiti in cui la prestazione sia rivolta a suo vantaggio. Ouindi il diritto comune già pratica un'irripetibilità unilaterale che torna ad essere una ripetizione bilaterale, rieccoci al punto !34, se la controparte dell'incapace riesce a dare la prova del vantaggio percepito: vantaggio che funge da unità di misura del credito restitutorio del solvens³⁵. Ebbene, nel canone delle S.U., abbiamo adesso un investitore che, se non ripete quando il danno patito sia inferiore al profitto, lo fa invece laddove la minusvalenza ecceda il guadagno, con un intermediario che, senza vantare un qualche diritto a ripetere, è tenuto perciò a restituire. Le due fattispecie, nel segno di un'irripetibilità unilaterale, si toccano di conseguenza perché l'intermediario, al pari di colui che contratta con l'incapace, si accolla il rischio della sopravvenienza negativa³⁶. Se c'è una differenza è da ravvisarsi nel duplice fatto che, diversamente dall'ipotesi dell'incapace, da un lato l'intermediario non si accolla qui «tutti i rischi dell'eventuale e futuro pentimento»³⁷, dall'altro mai è un soggetto che si trovi ad avere un credito il cui oggetto restitutorio è limitato al solo vantaggio scaturente dalla traditio: donde, ed alle corte, il dispiegarsi della (sicura) deche un comportamento irrazionale dell'investitore ... non paga. Insomma, più che un diritto a ritenere dell'accipiens intermediario abbiamo un divieto di ripetere, e qui l'assonanza effettuale è con l'art. 2035 c.c., a carico del solvens investitore, inibito dal domandare un danno, inferiore all'utilità percepita, nel quale tra l'altro non sarebbe incorso se si fosse astenuto dall'effettuare l'operazione. Nessun premio, ci verrebbe da chiosare, all'investitore che si mostri come uno scaltro negoziatore!³⁸





²⁹ II che è quanto sfugge, ma non è il solo, a chi scrive che «ben si sarebbe potuto disporre che l'azione di ripetizione ... potesse essere esercitata solamente dall'investitore e non dall'intermediario: ma questo non è stato fatto»: così D'Ambrosio, *Contratto di negoziazione, nullità e ripetizioni,* in *Le restituzioni contrattuali*, cit. 287.

³⁰ In *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 182, ove poi l'illuminante rilievo di un'*irretroattività* per gli «effetti già integralmente realizzati con conseguente irreversibilità dello stato di fatto corrispondenti a tali effetti» (c. vo aggiunto).

³¹ In Teoria generale del negozio giuridico, Padova, 1961, 71, ampiamente rivisitata in senso critico da NICOLUSSI, Lesione del potere di disposizione e arricchimento, Milano, 1998, 136 s. ³² V. SCOGNAMIGLIO, Le Sezioni Unite e le nullità selettive: tra costruzione giurisprudenziale di uno statuto normativo delle nullità di protezione e valorizzazione dell'eccezione di buona fede, cit. il quale, non a caso, discorre di «scorciatoie pretorie». Già prima, in senso fortemente critico rispetto all'idea di un duplice regime dell'indebito, v. CIPPITELLI, Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria, in Contratti, 2018, 554.

³³ V. Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166, in *Foro it,* 1996, I, 2292 ss.

³⁴ Non a caso P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti* fra negozio e giusta causa dell'attribuzione, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, I, 41 segnala come «ciò che l'incapace non ha l'obbligo di restituire è entrato a far parte della sua sfera patrimoniale a titolo di proprietà».

³⁵ V. Moscati, *Pagamento dell'indebito*, cit. 540 e Capurro, *Ripetizione dell'indebito*, in D'Angelo (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, Torino, 2015, 28.

³⁶ È sintomatico quanto si legge, da ultimo, in Cass. 4 febbraio 2020, n. 2460, che intende l'art. 1443 nell'accezione classica di un luogo nel quale l'ordinamento presume che (l'incapace) abbia mal disposto del suo patrimonio, dissipando la prestazione ricevuta, con un "rischio di tale situazione [che] ricade sull'altro contraente".

³⁷ Così Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. 234.

³⁸ Mutuiamo l'espressione da MEDICI, Consumatore, impresa "dipendente", cliente – investitore: frazionamento o sintesi (problematica) della tutela del contraente debole?, in Giurisprudenza e Autorità Indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi, a cura di Di Ciommo e O. Troiano, Piacenza, 2018, 745.

È il nostro un accostamento, ca va sans dire, che a qualcuno suonerà come una provocazione³⁹: ma, al netto della circostanza che quella delle S.U. «è una conclusione ragionevole»⁴⁰, non è forse vero che la dottrina corrente si esercita da tempo nel coltivare l'immagine del consumatore quale soggetto vulnerabile seu "incapace"? E poi, piaccia o no, quella tratteggiata dagli artt. 1443 e 2039 c.c. è il prototipo di una tutela restitutoria di protezione, species di un genus che, se già contempla dei limiti quantitativi alla restituzione, non può disconoscere l'inserzione di un limite alla cancellazione degli effetti rampollante automaticamente dalla nullità di un contratto asimmetrico. Se ripugna imputare all'incapace «un obbligo sia pure limitato alla restituzione della cosa ricevuta» 41, perché dovrebbe reputarsi appropriato premiare l'operato di contraenti sleali? Non sempre, ed anche questo va notato, legittimazione e ripetizione di stampo unilaterale coesistono armonicamente (v. artt. 2 e 4 d.lgs. 122/2005, se è vero che qui è il promissario acquirente "debole" a recuperare almeno le tranches di prezzo nel frattempo corrisposte). Dopo di che, e così chiudiamo con un effetto alla sliding doors, con un limite alla ripetibilità che funge nel contempo pure da limite all'inefficacia, verrà agevole convenire che una riflessione (non di maniera) la merita senz'altro una situazione di irripetibilità, volendo paracontrattuale, che le S.U. odierne non qualificano neanche di passata, epperò di primo acchito riconducibile, noi lo (ri)diciamo così⁴², al fatto di un'esecuzione satisfattiva. La soluti retentio atipica, che queste S.U. mettono in forma, non è infatti sorella di quella che dettano, collocandola per altro su due ben distinti piani, gli artt. 2034 e 2035 c.c.: è piuttosto un'irripetibilità al servizio di una compensazione tra le rispettive sfere patrimoniali⁴³, congruente ad una nullità quale rimedio «sempre più dipendente e relato»⁴⁴. Se non fosse che, siccome richiede tutt'altro genere di narrazione⁴⁵, lasciamo ad altri l'onere di battere un sentiero che, dalla bet-

³⁹ V., per altro, F. BOCCHINI, *L'interesse del minore tra garanzie, sostegni e circolazion*e, in ID., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 256 e 260, che, non meno provocatoriamente, discorre di incapaci *meno tutelati* del contraente de-

tiana fattispecie negoziale complessa ove il contratto nullo viene integrato dall'esecuzione⁴⁶, può approdare a ben altri lidi⁴⁷.

Postilla.

Nel decidere della Corte, se lo riduciamo all'essenziale, la deroga all'art. 1422 c.c. veste in realtà i panni, detto alla Mengoni maniera, della «mancata previsione di una necessaria eccezione». È una deroga, quindi, che le S.U. praticano per ovviare alla «lacuna (nascosta)» di un caso, il contratto asimmetrico nullo, «differenziato da una connotazione specifica»⁴⁸. Da un'altra angolazione, ma sempre nell'ottica di un processo di integrazione del diritto, si è, di recente, lucidamente scritto che la dogmatica del terzo millennio, oltrepassando l'idea di una normatività rinserrata nella sola legge, «getta un ponte sull'effettività»⁴⁹. Dobbiamo allora dedurcombinando le due proposizioni, l'immagine di una maggior tutela (dell'investitore), che non trascorre in ipertutela per il gioco a contrappunto della buona fede, è da riguardarsi come l'esempio paradigmatico di un'ermeneutica quale «percorso veritativo» ?50 Va da sé che se ne potrà pure dubitare: incontroversa, ci sembra, rimarrebbe però la constatazione che, com'è stato per le S.U. 23601/2017⁵¹, pure quelle odierne in realtà estraggono la regola da un'interpretazione ad finem che, se lì ha fondato una convalida retroattiva del contratto di locazione nullo epperò tardivamente registrato, qui veicola una deroga all'art. 1422 c.c. innescante una conservazione, totale o parziale, degli effetti che un contratto – quadro, a sua volta nullo, in corso di esecuzione abbia prodotto. Nell'ottica, Scalisi docet⁵², di una nullità transitante da rimedio

⁵² In Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione, in Sirena (a cura di), Il diritto europeo dei contratti



⁴⁰ Così RORDORF, Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario, cit.

⁴¹ Così Barcellona, op. loc. ult. cit.

⁴² V. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, cit.

⁴³ V. Bargelli, «Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale, in Riv. dir. civ., 2008, I, 118.

⁴⁴ Così Scalisi, Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, cit. 168.

⁴⁵ Sulla quale abbiamo provato ad esercitarci in *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, cit.

⁴⁶ V. Betti, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 363.

⁴⁷ Comunque iscritti nella cornice di una nullità «capace in quanto tale anche di conseguenti effetti più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori»: così SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit. 186.

⁴⁸ Così Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 92

⁴⁹ Così, in una maniera illuminante, VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1203.

⁵⁰ Così BENEDETTI, Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Saggi su ermeneutica e diritto, Torino, 2014, 242.

⁵¹ Cass. S.U. 9 ottobre 2017, n. 23601, può leggersi per esteso in *Contratti*, 2018, 25 ss., con nota (critica) di GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*.

di fattispecie a rimedio del regolamento è una deduzione con la quale l'interprete odierno, complice pure il fascino attrattivo che esercita la nozione di contratto asimmetrico⁵³, è chiamato a fare i conti. Chi mai d'altronde, ecco l'ultima riflessione che ci vien da fare, ha mai pensato di etichettare alla stregua di una scorciatoia pretoria la lacuna che ogni interprete introduce quando si mette a praticare, sono sempre parole di Mengoni, l'argomento pragmatico di una riduzione/restrizione teleologica ?, qui imbastito mettendolo al servizio di un flettersi dell'azione di ripetizione.

Difetti e nobiltà, diremmo, di una nullità europea, figura sì corrusca ma pur sempre, come intuito da Scalisi⁵⁴, «regola di sistema» ?

d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato, Milano, 2006, spec. 432 ss.

⁵⁴ In Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, cit. 184



⁵³ V. la sobria ed incisiva ricapitolazione di A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, 370 ss.

Le figure sintomatiche del diritto privato (Salvatore Orlando)

| 131

LE FIGURE SINTOMATICHE DEL DIRITTO PRIVATO *

Di Salvatore Orlando

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le figure sintomatiche nella dottrina e nella giurisprudenza. – 3. Le figure sintomatiche nella legge. – 4. Figure sintomatiche e fattispecie. – 5. Conclusione.

ABSTRACT. Nel presente scritto, sulla base di una analisi della dottrina, della giurisprudenza e della legge, l'a. sostiene essere riscontrabile nel diritto privato un modello di ragionamento che procede dal disegno di "figure sintomatiche" di violazione di doveri, e si interroga sul nesso che può instaurarsi nello studio del diritto privato tra questo modello e quello della fattispecie.

In the present essay, on the basis of an analysis of legal literature, case law and statutes, the author argues that a reasoning model is widespread in private law, consisting in the design of "symptomatic figures" of breach of duties, and elaborates about the differences between this reasoning model and that consisting in the design of juridical facts to which certain legal effects are attached (fattispecie).



1. Introduzione

Dietro il titolo ci sono due proposte, una di indagine, l'altra di riflessione.

Indagare se effettivamente esista, ossia se sia riscontrabile, nel diritto privato, un ragionamento per 132 figure sintomatiche, come avviene in altri settori (es. diritto amministrativo)¹; e, in caso affermativo, riflettere sul nesso che corre o che può instaurarsi nello studio del diritto privato tra fattispecie e figure sintomatiche².

Per quanto attrae alla proposta di indagine, possiamo individuare il suo oggetto e una articolazione

L'oggetto è costituito dal campo o dai campi di indagine. Trattandosi di stabilire se possa riscontrarsi nel diritto privato un ragionamento per figure sintomatiche, due ovvii campi di indagine sono la giurisprudenza e la dottrina, i.e. il ragionamento della giurisprudenza e quello della dottrina. Un terzo campo, meno ovvio, è quello della legge: ci si può chiedere se anche i legislatori utilizzino figure sintomatiche.

Dicevo che l'indagine ha una articolazione critica. Nei campi di indagine della giurisprudenza e della dottrina, non ci si può limitare alla verifica dell'uso dell'espressione linguistica "figure sintomatiche", mentre bisogna criticamente interrogarsi sull'esistenza di un concetto unitario, senza di che il risultato dell'indagine rimarrebbe nominalistico. Si tratta, per l'appunto, di stabilire se esista un ragionamento per figure sintomatiche, identificabile per certi tratti unitari, e dunque di comprendere in cosa questo ragionamento consista, indipendentemente dalla verifica dell'eventuale impiego di tale espressione. Allo stesso modo ci si deve interrogare nel campo della legge, dove l'espressione non è letteralmente utilizzata, ossia stabilire se esista una tecnica normativa per figure sintomatiche (ragionamento del legislatore).

Le figure sintomatiche nella dottrina e nella giurisprudenza.

Nel diritto privato, giurisprudenza e dottrina impiegano non di rado l'espressione "figura sintomatica" al singolare o al plurale, o espressioni equivalenti, es. "modelli" o "casi sintomatici"3.

Si tratta di epifanie note, massimamente a proposito della buona fede oggettiva⁴ e del c.d. abuso



^{*} Il presente scritto è destinato agli Studi in onore di Giuseppe Vettori. Esso costituisce una versione rivista e corredata di note dell'intervento svolto dall'a. al Convegno "Il diritto privato tra leggi e sentenze", svoltosi a Firenze il 18 novembre 2016.

¹ Come si legge in S. CASSESE, Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo, in Giorn. dir. amm., 1998, p, 777, "Se non si considera il giudice come arbitro o solutore di conflitti, ma come autore di norme, occorre chiedersi quale significato abbia l'espressione, tante volte adoperata, che il giudice amministrativo è un giudice di legittimità. Ora, il giudice amministrativo è stato un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare, specialmente tramite quell'istituto fondamentale che è l'eccesso di potere: con le figure sintomatiche ha costruito la cattedrale in cui consiste il diritto amministrativo". Sul punto, si veda, almeno, E. FOLLIERI, Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi, in Dir. proc. amm., 2008, p. 61.

² D'altronde, la dottrina civilistica ha già più volte affrontato le questioni essenziali sottese al tema qui proposto, ora da una prospettiva rimediale (cfr. anche per un primo orientamento bibliografico, ex multis: A. DI MAJO, Rimedi e dintorni, in Eur. dir. priv., 2015, p. 703; ID., Il linguaggio dei rimedi, in Europa e dir. priv., 2005, p. 341 ss.; ID., La tutela civile dei diritti, Milano, 2001, 13 s.; ID., La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale, in Riv. dir. civ., 1989, p. 363 ss.; G. SMORTO, Sul significato di "rimedi", in Eur. dir. priv., 2014, p. 159 ss.; R. TOMMASINI, Autonomia privata e rimedi in trasformazione, Torino, 2013; P. SIRENA, Y. ADAR, La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo, in Riv. dir. civ., 2012, p. 359 ss.; G. Vettori, Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le corti, in Europa e dir. priv., 2011, spec. p. 249 e pp. 255-256; ID., Autonomia privata e contratto giusto, in Riv. dir. priv., 2000, p. 21 ss.; ID., Contratto e rimedi, Padova, 2009; S. Orlando, Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, p. 1033; D. MESSINETTI, La sistematica rimediale, in Riv. crit. dir. priv., 2011, p. 1 ss.; ID., Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali, in Europa e dir. priv., 2005, p. 605 s.; ID., Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica, in Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 209 ss..; P. PERLINGIERI, Il giusto rimedio nel processo civile, in Giusto proc. civ., 2011, p. 1 ss.; MAZZAMUTO, La nozione di rimedio nel diritto continentale, in Europa e dir. priv., 2007, p. 585 s.; ID., I rimedi, Manuale di diritto privato europeo, II, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 748 s.; MATTEI, I rimedi, in ALPA - GRAZIADEI - Guarnieri - Mattei - Monateri - Sacco, La parte generale del diritto civile. 2. Il diritto soggettivo, in Trattato di diritto civile, diretto da Sacco, Torino, 2001, p. 105 s.), ora con riferimento alla buona fede oggettiva (ex multis: F. BENATTI, La clausola generale di buona fede, in Banca borsa tit. cred.,

^{2009,} p. 241; A.A. DOLMETTA, Exceptio doli generalis, in Banca borsa tit. cred., 1998, p. 147; A. DI MAJO, Delle obbligazioni in generale, Art. 1173-1176, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 305; L. MENGONI, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, p. 8).

Ex multis, C. App. Firenze, 16 aprile 2015 in www.lanuovaproceduracivile.com e Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1538 in Giur. it., 2010, 1795, in relazione alla previsione generale sulla diligenza professionale contenuta nell'art. 1176, co. 2 c.c..

⁴ Sulla distinzione della buona fede, in senso oggettivo e soggettivo, si vedano, ex multis, R. SACCO, La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato, Torino, 1949, 6; G. GIAMPICCOLO, La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato, in Riv. dir. comm., 1955, 335; U. BRECCIA, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Milano, 1968, p. 3; F.D. Busnelli, Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto "ingiusto", in Riv. dir.

del diritto⁵ in materia contrattuale⁶. In giurisprudenza, esempi ricorrenti sono rinvenibili a proposito della responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.) e dell'obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.). Nell'ambito della responsabilità precontrattuale⁷, le corti hanno da tem-

civ., 1969, p. 427; L. BIGLIAZZI GERI, Buona fede nel diritto

civile, in Dig. civ., II, Torino, 1988, p. 188; C. M. BIANCA, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in Riv. dir. civ., 1983, p. 205; M. Franzoni, Degli effetti del contratto, II, in Comm. Schlesinger, Milano, 1999, p. 170 e, più di recente, G. M. UDA, La buona fede nell'esecuzione del contratto, Torino, 2004; S. WHITTAKER- R. ZIMMERMANN, Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape, in R. ZIMMERMANN - S. WHITTAKER (eds), Good Faith in European Contract Law, Cambridge, 2008, 30; M. J. HESSELINK, The concept of Good Faith, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON (eds), Towards a European Civil Code, Alphen aan den Rijn, 2011, IV, pp. 619-620; F. RANIERI, Good faith, in BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN, STIER (eds), The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Oxford, 2012, 790; F. PIRAINO, La buona fede in senso oggettivo, Torino, 2015, p. 1. In senso contrario, cfr. A. MONTEL, Buona fede, in Nov. Dig. it., Torino, 1958, p. 599. ⁵ Sulla figura dell'abuso del diritto la bibliografia è così ampia che non è possibile darne contezza in modo esauriente o completo. Si vedano, almeno, L. JOSSERAND, De l'abus des droits, Paris, 1905; M. ROTONDI, L'abuso del diritto, RDC, 1923, p. 105; P. RESCIGNO, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, p. 206; U. NATOLI, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1958, p. 18; U. Breccia, L'abuso del diritto, in Dir. Priv., 1997, p. 5; P.G. Monateri, Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di comparative Law and Economics), in ivi, p. 89; R. SACCO, L'esercizio e l'abuso del diritto, in G. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, Il diritto soggettivo, Torino, 2001, p. 281; F. PIRAINO, Il divieto di abuso del diritto, in Eur. dir. priv., 2013, p. 75. Per la giurisprudenza, si veda Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106 in Foro it., 2010, I, c. 95 con nota critica di A. Palmieri-R. Pardolesi, Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa; M. Orlandi, Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106), in Nuova giur. civ. comm., 2010, II, p. 129; C. SCOGNAMIGLIO, Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?, in ivi, p. 139 e A. GENTILI, Abuso del diritto e uso dell'argomentazione, in Resp. civ. e prev., 2010, p. 354.

⁶ Su cui, da ultimo, V. AMENDOLAGINE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2760.

⁷ Ai riferimenti classici (tra i quali: L. MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, in Riv. dir. comm., 1956, II, p. 360; F. Benatti, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1963, p. 20; M. BESSONE, Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1972, p. 998) vanno aggiunti gli importanti contributi apparsi da metà anni 90 del secolo scorso in poi (cfr. in particolare M. MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedi risarcitori, Torino, 1995; G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1999; G. PERLINGIERI, Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile, Napoli, 2003; ID., L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo, Napoli, 2013; F. SARTORI, Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Discipline e forme di tutela, Milano, 2004).

po costruito la figura sintomatica del c.d. recesso ingiustificato dalle trattative8 (altrimenti detta rottura ingiustificata delle trattative)9 e della mancata informazione da parte di uno dei contraenti circa il reale intento di concludere il contratto¹⁰. In questi casi, la giurisprudenza individua a contrario un divieto generale corrispondente all'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede: il divieto di comportarsi in modo contrario alla buona fede, ovvero in mala fede, e ricava – a partire da tale divieto generale – figure sintomatiche di comportamenti vietati. Le figure sintomatiche relative alla fase precontrattuale e di esecuzione del contratto non si esauriscono in comportamenti contrari al divieto generale, nel senso detto, ma ricomprendono anche comportamenti posti in essere in violazione di specifici obblighi di informazione¹¹ e di cooperazione¹², nonché figure di c.d. preclusioni. Gli obblighi di informazione e di cooperazione sono ricavati dalla giurisprudenza per specificazione¹³ dall'obbligo generale di buona fede, mentre le figure delle preclusioni rispondono logicamente al divieto generale, nel senso già sopra delineato. Un esempio di preclusioni si individua nella c.d. regola di tolleranza, ossia la regola che preclude al titolare l'esercizio di un diritto potestativo previsto dalla legge o validamente pattuito per l'inadempimento tutte le volte in cui

¹³ Sulla contrapposizione tra la specificazione di norme generali e la creazione di norme speciali, cfr. S. ORLANDO, *Fattispecie,* comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto, cit., p. 1060 ss.



⁸ Trib. Milano, 4 maggio 2017, n. 4927 in *Contratti*, 2018, p. 449 con nota di F. Toschi Vespasiani e S. Guoli, *Responsabilità precontrattuale e danno risarcibile*.

⁹ Cass. civ., 2 febbraio 2015, n. 1786 in *Società*, 2015, 503.

 $^{^{10}}$ Cass. civ., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420.

¹¹ In giurisprudenza, ex multis, in Cass. civ., 10 giugno 2016, n.
11914, in Foro it., 2017, I, c. 274. In dottrina, in luogo di tanti, e anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, G. GRISI, L'obbligo precontrattuale di informazione, Napoli, 1990; A. MUSY, Informazioni e responsabilità precontrattuale, in Riv. crit. dir. priv., 1998, p. 611; S. ORLANDO, Le informazioni, Padova, 2012; R. ALESSI, Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale, in Eur. dir. priv., 6(2), 2013, p. 1 ss.; M. MAURO, Prescrizione ed effettività, nel dialogo tra Cassazione e corti europee, in Persona e Mercato, 2014, p. 2 e in Persona e mercato – Saggi, 2014, p. 139 ss. e spec. p. 151; ID., Prescrizione e certezza: ragioni del debitore e del creditore a confronto, in Persona e Mercato, 2016, p. 4, e in Persona e mercato – Saggi, 2017, p. 170 ss., spec. p. 178.

¹² Si pensi alla massima tralatizia in tema di pegno che afferma "l'assunzione, da parte del creditore garantito, di un ruolo attivo, e propositivo di una cooperazione con il datore, in ordine a una tempestiva ed efficiente liquidazione del bene che mostri un sensibile rischio di deterioramento" (Cass. civ., 14 maggio 2019, n. 12863, in www.italgiure.giustizia.it.), e cfr. per tutti, G. STELLA, creditore, Milano, 1995; G. CATTANEO, La cooperazione del creditore all'adempimento, Milano, 1964.

il suo comportamento complessivo abbia generato, nelle circostanze date, un ragionevole affidamento circa il suo mancato utilizzo¹⁴. Oltre che con riferimento alla clausola risolutiva espressa¹⁵, tale paralisi del rimedio\diritto potestativo del creditore viene riscontrata anche rispetto all'esercizio da parte del 134 datore di lavoro del diritto di recesso per giusta causa, che, in certe ipotesi di tardività, si ritiene essere precluso¹⁶.

> Ancora e in modo analogo alla buona fede oggettiva, sia pure in un ambito affatto diverso dalla formazione ed esecuzione del contratto, sono state individuate figure sintomatiche di preclusioni con riferimento all'esercizio dei poteri sottostanti all'azione giudiziale. Oltre all'ipotesi di preclusione del c.d. frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento¹⁷, le Sezioni Unite hanno risolto il conflitto giurisprudenziale sull'ammissibilità¹⁸ o meno¹⁹ della c.d. nullità selettiva²⁰, ammettendone il ricorso e costruendo al contempo una serie di figure sintomatiche intese a chiarire i limiti della c.d. eccezione di buona fede stabi-

> ¹⁴ D. IMBRUGLIA, La regola di tolleranza, in Riv. dir. priv., 2019, p. 75.

lendo il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, con ciò escludendo il rimedio della nullità quando gli ordini non coinvolti nell'azione abbiano prodotto utilità pari o superiori al petitum²¹. In materia bancaria (per portare un ulteriore esempio, tra i tanti che si possono proporre), la giurisprudenza di merito ha recentemente escluso che l'acquirer possa agire per la restituzione del prezzo pagato, contestando al convenzionato la violazione della disciplina contrattuale in punto di invio di ordini di pagamento dopo averne tollerato la trasmissione per una via diversa da quella pattuita²².

In tutti questi casi, la giurisprudenza "tipizza" comportamenti nei quali si riscontrano indici di violazione della buona fede. La dottrina effettivamente riconosce nell'elaborazione giurisprudenziale in questione il carattere di modelli o casi sintomatici (Fallgruppe) della violazione del precetto della buona fede²³. Lo fa, ormai da decenni, a proposito della buona fede oggettiva nelle vicende contrattuali, con due finalità: per comprendere in quali direzioni si muovono i Tribunali, e, almeno per opera di alcuni Autori, per contribuire alla specificazione di queste figure²⁴.

Né la materia contrattuale esaurisce la casistica rilevante. In materia di concorrenza sleale, è ben nota la creazione di figure sintomatiche, quali la concorrenza parassitaria, lo storno di clientela e lo storno di dipendenti, ed è risaputo che i comportamenti integranti ipotesi di illeciti concorrenziali vadano apprezzati nella cornice delle circostanze concrete, ritenute qualificanti per confermare o negare la violazione del divieto generale di concorrenza sleale²⁵.



¹⁵ Ex multis, Cass. civ., 6 giugno 2018, n. 14508 in Imm. prop., 2018, p. 639 con nota di B. TUNESI, I risvolti della tolleranza nell'ambito della clausola risolutiva espressa e Cass., 17 settembre 2016, n. 18991, in Arch. Locazioni, 2017, p. 56.

¹⁶ Sul punto, C. PISANI, Sul principio di tempestività del licenziamento disciplinare, in Mass. Giur. Lav., 2008, p. 149 e Cass., 7 novembre 2003, n. 16754, in Lav. Giur., 2004, p. 390. ¹⁷ Cass. civ., SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in Foro it., 2008, I, c. 1514, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, Frazionamento del credito e buona fede inflessibile, e di R. CAPONI, Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile? Sulla figura dell'abuso processuale, M. TARUFFO, Elementi per una definizione di «abuso del processo», in Dir. priv., 1997, p. 435.

¹⁸ Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8395 in Corr. giur., in Corriere giur., 2016, p. 1110 con nota di A. Tucci, Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento. ¹⁹ Cass. civ., 16 marzo 2018, n. 6664 in Foro it., 2018, I, c.

²⁰ L'ordinanza di rimessione (2 ottobre 2018, n. 23927, in Foro it., 2019, I, c. 975 con osservazioni di S. PAGLIANTINI, La nullità di protezione come una nullità selettiva?) ha posto il problema della legittimità dell'azione con cui l'investitore limita le conseguenze della sentenza di nullità ai singoli ordini di attuazione del contratto-quadro privo della forma scritta, escludendo che la patologia si estenda a colpire tutti gli altri ordini emessi nel corso del rapporto negoziale. Sulla questione si vedano i commenti all'ordinanza di remissione di D. MAFFEIS, Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti in Corriere giur., 2019, p. 177; in C. Sartoris, Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?, in Giur. it., 2019, p. 765, nonché U. MALVAGNA, Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 12390/17, in Banca, borsa, 2017, p. 828. E v. anche S. Polidori, Discipline della nullità e interessi protetti, Camerino-Napoli, 2001.

²¹ Cass. civ. SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.italgiure.giustizia.it. Tra i primi commenti, si v. D. MAFFEIS, Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo, in www.dirittobancario.it.

²² Trib. Milano, 9 febbraio 2015, in *Banca borsa*, 2017, p. 243 con nota adesiva di ABU AWWAD, Clausole di chargeback e "tolleranza".

²³ Per riferimenti essenziali, si v. la nota 4.

²⁴ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto privato, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1981 (rist.), p. 171; L. MENGONI, Autonomia privata e Costituzione, in Banca borsa, 1997, 9; G. D'AMICO, Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, in Riv. dir. civ., 2002, 43; N. IRTI, Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto, in Foro amm. TAR, 2004, 2765. In senso variamente contrario alla distinzione tra regole di validità e di comportamento: S. Orlando, Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto, cit.; G. PERLINGIERI, L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo, cit. Per la giurisprudenza, si veda ovviamente Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in Foro it., 2008, I, c. 784, con nota di E. Scoditti, La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e

²⁵ Per un esempio della considerazione prestata dalla giurisprudenza alle circostanze del caso, in questa materia, cfr. ord. Trib.

In ambito familiare, la giurisprudenza afferma ora un dovere di coerenza (*venire contra factum pro-prium*)²⁶, riconoscendo la preclusione all'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi aveva in precedenza acconsentito alla fecondazione eterologa della moglie²⁷, ora un obbligo di correttezza²⁸, imponendo, una volta cessata la libera convivenza, al partner proprietario di concedere un termine per reperire una diversa sistemazione all'ex convivente²⁹.

In modo simile, anche in ambito societario si assiste all'emersione di figure sintomatiche. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza sul c.d. abuso della maggioranza laddove, richiamandosi in ultima istanza alla buona fede oggettiva, i Tribunali non di rado instaurano ed esplicitano in tutte lettere un parallelismo con l'elaborazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, propria del diritto amministrativo³⁰.

Milano, 2 luglio 2015, che, pur in assenza di patti di non concorrenza tra ex dipendenti di una società e la medesima società, ha ritenuto sleale, nelle circostanze considerate, la condotta di una seconda società concorrente con la prima, che abbia assunto in un periodo di tempo concentrato un numero significativo di personale della prima società e abbia attraverso questo personale contattato la clientela della prima società, in questo modo sfruttando illecitamente il temporaneo disagio organizzativo subìto dalla prima società a cagione della fuoriuscita del medesimo personale.

²⁶ In argomento, ex multis, F. PIRAINO, La buona fede, cit., p. 440; F. FESTI, Il divieto di "venire contro il fatto proprio", Milano, 2007; F. ASTONE, Venire contra factum proprium, Napoli, 2006; H.J. WIELING, Venire contra factum proprium e colpa verso sé stesso, in Rass. dir. civ., 1994, 409; M. BEHARTOUCHAIS, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Paris, 2001.

²⁷ Cass., 19 marzo 1999 n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1317 con nota di C.M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; Cass., 18 dicembre 2017 n. 30294, in *Giur. it.*, 2018, p. 1.

²⁸ Su cui da ultimo, M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, P. SIRENA - A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, p. 159; EAD., *La buona fede nei rapporti familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 910.

²⁹ In tal senso, Cass., 14 giugno 2012, n. 9786 in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2318 e Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giur. it.*, 2013, p. 2491, con commento di I. FERRETTI, *Convivenza* more uxorio e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto; in Fam. dir., 2013, p. 649, con commento di C. GABBANELLI, Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso.

³⁰ In giurisprudenza, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387 in Foro it., 2006, I, c. 3455 e Cass. Civ., 12 dicembre 2017, n. 29792 in Foro. it., 2018, I, c. 1316. In dottrina, almeno, F. GAMBINO, Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni, Milano, 1987, 25 e D. PREITE, Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni, in Trattato delle società per azioni Colombo-Portale, Torino, 1993.

3. Le figure sintomatiche nella legge.

Venendo alla legge, può osservarsi come la tecnica normativa delle c.d. liste grigie proceda, a ben vedere, nello stesso modo. Può farsi l'esempio della lunga lista delle clausole che "si presumono vessatorie fino a prova contraria" di cui all'art. 33 cod. cons.31, la cui previsione, come noto, promana dall'importante dir. CE\93\13³². Il legislatore dà qui, al primo comma, una definizione generale di vessatorietà³³ – il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a sfavore del consumatore, contrario alla buona fede³⁴ - e la prova contraria è ammessa tenendo conto della "natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, alle altre clausole del contratto o di altri contratti ad esso collegati" (art. 34 cod. cons.). La prova contraria consiste nel dimostrare che, nonostante la rispondenza di una clausola di un contratto

³⁴ Come noto, sino alla recente modifica dell'art. 33 cod. cons. (su cui si veda E. FERRANTE, Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 541), la versione italiana della direttiva CE\13\93, prima della relativa rettifica, prevedeva l'inciso "malgrado il requisito della buona fede", che non esprimeva chiaramente il concetto di contrarietà (alla buona fede), espresso dalle versioni nelle altre lingue della medesima direttiva: sul punto, si vedano, almeno, M. Bin, Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?), in Contr. impr. Europa, 1996, p. 438; G. DE Nova, Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive, in Riv. trim. dir. proc. Civ., 1994, p. 693; S. TROIANO, La formula "significativo squilibrio malgrado la buona fede" quindici anni dopo: dalla Direttiva 93/13/CEE alla Proposta di Direttiva c.d. "orizzontale" sui diritti dei consumatori, in Studi in onore di Davide Messinetti, Napoli, 2009, p. 383.



³¹ Per la distinzione tra clausole vessatorie tipiche e clausole vessatorie atipiche, si veda, in giurisprudenza, Cass. civ., 20 agosto 2015, n. 17024 in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 215 con nota di C. PALMENTOLA, *Clausole abusive nell'assicurazione sulla vita*.

³² Sul sindacato di vessatorietà si vedano, almeno, E. MINERVINI, Tutela del consumatore e clausole vessatorie, Napoli, 2001; ID., Dei contratti del consumatore in generale, Torino, 2014; L. VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova, 2004; G. D'AMICO, L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori, in Riv. dir., civ., 2005, p. 625; S. PAGLIANTINI, La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti, Torino, 2012; F. P. PATTI, Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione, in Nuova giur. civ. comm., 2013, p. 1062; F. Della Negra, Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale, in Contratti, 2013, p. 1059; A. ALBANESE, Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti, in Europa e dir. priv., 2013, p. 669; S. Orlando, La formazione di patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori, in Riv. dir. priv., 1997, pp. 736-737.

³³ Si veda il cons. 15, dir. CE\93\13.

| 136

standard ad una delle previsioni generali ed astratte della cosiddetta lista grigia, nelle circostanze concrete non possa dirsi che la clausola sia vessatoria, ossia non possa dirsi che nel caso concreto vi sia un significativo squilibrio giuridico contrario alla buona fede.

A fronte della "sintomaticità" di vessatorietà, per vincere la relativa "presunzione", le circostanze del caso concreto devono condurre a stabilire che non c'è uno squilibrio giuridico "significativo" o che, pur essendoci uno squilibrio giuridico significativo. esso non è contrario alla buona fede.

Né si tratta di un caso isolato e di una tecnica poco utilizzata. Per fare altri importanti esempi, si può osservare come, in modo consonante con la tecnica normativa sopra individuata, gli artt. 7 co. 4 e 7-bis co. 4 del D.Lgs. 231/2002 (recante l'attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) stabiliscono una "presunzione" di "grave iniquità" delle clausole e delle prassi che escludono il risarcimento dei costi di recupero previsti dal co. 6 del medesimo decreto; e l'art. 7 co. 2 del provvedimento in esame prescrive che la grave iniquità debba asseverarsi "avuto riguardo a tutte le circostanze del caso tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero"35. Si tratta pertanto di una tecnica identica a quella della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, dove, come ricordato, determinate clausole (previste dalle c.d. liste grigie) si presumono vessatorie salvo la prova contraria da offrirsi sulla base delle circostanze concrete. Ancora, l'art. 4 co. 2 dello stesso D.Lgs. 231/2002 prevede che nelle transazioni commerciali tra imprese, le parti possano pattuire espressamente termini di pagamento superiori a sessanta giorni purché essi non risultino gravemente

³⁵ E cfr. art. 3, co. 3 della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: "Gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2 non possa essere fatto valere e non dia diritto a un risarcimento del danno, se, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore. Per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto inter alia se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni dei paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2. Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità".

iniqui ai sensi del citato art. 7 comma 2. In questo caso, pur non essendoci una presunzione di grave iniquità, è pur sempre ammesso il relativo sindacato, nel senso ricordato, e dunque può pur sempre dirsi che si tratta di una clausola "grigia" (proprio perché soggetta a tale sindacato³⁶), a ciò non ostando il diverso regime dell'onere probatorio.

Si può altresì notare come tale modo di procedere si manifesti con riferimento a norme anche non provenienti o sollecitate dall'Unione Europea. Se prendiamo ad esempio l'art. 9 della legge sulla subfornitura (L. 192/1998), vediamo che qui il legislatore italiano ha dapprima definito il concetto di dipendenza economica e statuito il divieto di abuso di dipendenza economica (co. 1)³⁷, e ha poi indicato tra le altre figure in cui "può consistere l'abuso" quella della "interruzione arbitraria delle relazioni commerciali" (co. 2). A loro volta, dottrina e giurisprudenza si sono fatte carico di interpretare il concetto di "arbitrarietà" in questa norma, opportunamente indicando che in questo contesto esso debba desumersi dalle circostanze del caso concreto, in relazione alla quali va verificata l'assenza di una giusta causa o di un congruo preavviso, sicché è ritenuta abusiva una interruzione delle relazioni commerciali improvvisa e ingiustificata secondo le circostanze³⁸. Di recente, è stato ritenuto abusivo il recesso dato simultaneamente e in un unico atto per tutti i contratti in essere con il recedente (c.d. recesso omnibus) inidoneo a consentire alla controparte contrattuale di reperire alternative sul mercato idonee a sopperire al progressivo cessare del rappor to^{39} .

Il richiamo a questa norma sembra particolarmente significativo sia per la già richiamata matrice esclusivamente interna della disciplina sulla subfornitura, sia per il fatto che dottrine autorevoli hanno



³⁶ Che comprende generalmente tutte le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero.

³⁷ Per la qualifica del divieto in esame nei termini di una clausola generale, si v. L. Nonne, Contratti tra imprese e controllo giudiziale, Torino, 2013, p. 238-239. Sulla figura, adde, almeno G. DE NOVA, La subfornitura: una legge grave, in Riv. dir. priv., 1998, p. 451; C. OSTI, L'abuso di dipendenza economica, in Mercato, concorrenza, regole, 1999, p. 10; V. BARBA, L'abuso di dipendenza economica: profili generali, in V. CUFFARO, La subfornitura nelle attività produttive, Napoli, 1998, p. 297; G. COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata, Torino, 2004; R. NATOLI, L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato, Napoli, 2004; G. DI LORENZO, Abuso di dipendenza economica e contratto nullo, Padova, 2009.

³⁸ Trib. Milano 17 giugno 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3636.

³⁹ Trib. Monza, 27 dicembre 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2965.

da essa ricavato *rationes* per il diritto generale dei contratti⁴⁰.

Per terminare questa rassegna di legislazione speciale, può osservarsi infine come il disegno delle c.d. liste grigie possa essere combinato dal legislatore con la previsione di una esenzione dal trattamento sanzionatorio in presenza di uno specifico accordo⁴¹. È, notoriamente, il caso della trattativa individuale ai sensi della già richiamata dir. CE\93\13 (art. 34, co. 4 cod. cons.), ma anche della recente direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette nell'ambito della filiera agroalimentare (dir. UE/2019/633) che entrerà in vigore nel 2021⁴². Al fine di impedire alle grandi imprese di sfruttare i fornitori di piccole e medie dimensioni a causa della loro posizione di contrattazione più debole e di evitare che i costi di tali pratiche vengano trasferiti ai produttori primari, il legislatore europeo ha stabilito un elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate tra acquirenti e fornitori lungo la filiera agricola e alimentare, prevedendo altresì norme minime concernenti la loro applicazione. Mentre determinate pratiche commerciali sono vietate in qualunque circostanza⁴³, il legislatore europeo prevede anche un divieto di determinate pratiche commerciali subordinato al non essere state dette pratiche concorDopo aver fatto alcuni esempi tratti dalla legislazione speciale, mi sembra, sommessamente, anche conferente segnalare che non si tratta affatto di rinvenire una tecnica nuova, bensì, soltanto, di valorizzare ed espandere una tecnica richiesta già dalle

date in termini chiari ed univoci nell'accordo di for-

zare ed espandere una tecnica richiesta gia dalle norme codicistiche - prima ancora che dalle più o meno recenti normative speciali - acquisendo, piuttosto - questo sì - una più piena consapevolezza di

tale tecnica.

nitura⁴⁴.

Per fare un esempio, ho provato a dimostrare in un altro scritto⁴⁵ che la norma sull'errore riconoscibile di cui all'art. 1431 c.c. ben ammette di essere ricostruita in termini di divieto, e di individuare una figura sintomatica di comportamento vietato nel comportamento di colui che conclude un contratto sapendo o dovendo conoscere, usando una normale diligenza, che l'altro contraente era incorso in errore essenziale, tenuto conto della qualità dei contraenti, nonché del contenuto e delle circostanze del contratto.

L'art. 1431 c.c. stabilisce che l'errore è riconoscibile quando «in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo». Questa norma, insieme a quella dell'art. 1428 c.c. («l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente»), può interpretarsi individuando un divieto, al quale è collegato il rimedio dell'annullamento (e salva la concorrente valutazione di responsabilità precontrattuale ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.): è vietato concludere un contratto sapendo o dovendo conoscere, usando una normale diligenza, che l'altro contraente era incorso in errore essenziale, tenuto conto della qualità dei contraenti, nonché del contenuto e delle circostanze del contratto.

⁴⁵ S. ORLANDO, Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto, cit., p. 1060 ss.



 ⁴⁰ Si vedano, R. PARDOLESI, Nuovi abusi contrattuali: tipici e atipici, in Danno e resp., 2017, p, 137 e F. MACARIO, Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica, in Giust. Civ., 2016, p. 509.
 41 S. ORLANDO, La formazione di patti vessatori nella novella

⁴¹ S. Orlando, *La formazione di patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, cit., *passim* e spec. pp. 736-737. ⁴² Sulla Direttiva UE/2019/633 si veda, tra i primi commenti, quello di L. Mongiello, *Pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agroalimentare europea: un decennio di studi e rilevazioni e la lista nera della direttiva 2019/633/UE, in www.ilcaso.it, (2019).*

⁴³ Si tratta delle pratiche previste all'art. 3, para 1, lett- a)-i) dir. UE/2019/633 e che prevedono pagamenti a più di 30 giorni per prodotti agricoli e alimentari deperibili; pagamenti a più di 60 giorni per altri prodotti agricoli e alimentari; annullamenti con preavviso breve di ordini di prodotti agricoli e alimentari deperibili; modifiche unilaterali delle condizioni dell'accordo di fornitura da parte dell'acquirente; pagamenti richiesti dall'acquirente non connessi alla vendita dei prodotti agricoli e alimentari; pagamenti richiesti dall'acquirente per il deterioramento o la perdita di prodotti agricoli e alimentari quando tale deterioramento o perdita non siano stati causati dalla negligenza o colpa del fornitore; rifiuto dell'acquirente di confermare per iscritto un accordo di fornitura, nonostante il fornitore abbia richiesto una conferma scritta; uso improprio dei segreti commerciali del fornitore da parte dell'acquirente; azioni di ritorsione commerciale da parte dell'acquirente nei confronti del fornitore se il fornitore esercita i propri diritti contrattuali o legali; trasferimento dei costi per l'esame dei reclami dei clienti ai prodotti del fornitore nonostante l'assenza di negligenza o colpa da parte del fornitore.

⁴⁴ Si tratta delle seguenti pratiche previste all'art. 3, para 2, dir. UE/2019/633: l'acquirente restituisce al fornitore prodotti agricoli e alimentari rimasti invenduti, senza corrispondere alcun pagamento per tali prodotti invenduti o senza corrispondere alcun pagamento per il loro smaltimento, o entrambi; al fornitore è richiesto un pagamento come condizione per l'immagazzinamento, l'esposizione, l'inserimento in listino dei suoi prodotti agricoli e alimentari, o per la messa a disposizione sul mercato; l'acquirente richiede al fornitore di farsi carico, in toto o in parte, del costo degli sconti sui prodotti agricoli e alimentari venduti dall'acquirente come parte di una promozione; l'acquirente richiede al fornitore di pagare i costi della pubblicità o del marketing effettuati dall'acquirente, dei prodotti agricoli e alimentari; l'acquirente richiede al fornitore di pagare i costi del personale incaricato di organizzare gli spazi destinati alla vendita dei prodotti del fornitore.

Appare corretto osservare come si tratti di un divieto il cui contenuto deve essere specificato in relazione a criteri soggettivi ed oggettivi, che offrono all'interprete tutto lo spazio di cui c'è bisogno per individuare ed articolare dell'approfittamento dell'errore altrui nel caso con-| 138 creto, ossia e precisamente «in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti».

4. Figure sintomatiche e fattispecie.

Sul piano della proposta della riflessione, può individuarsi il tema del nesso che corre tra le figure sintomatiche e la fattispecie. Il disegno della figura sintomatica non sembra differenziarsi dal disegno della fattispecie per il tratto estrinseco della sua fonte. Abbiamo visto infatti che anche il legislatore può disegnare figure sintomatiche (v. retro sub § 3). Sembra piuttosto che il tratto distintivo risieda altrove.

Sembra corretto innanzitutto osservarsi che il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza che il giudizio definitivo circa il loro trattamento giuridico attende sempre una conferma da desumersi sulla base di elementi ulteriori.

Dovendosi dire in cosa consistano tali elementi, può osservarsi come la dottrina e la giurisprudenza predichino unanimemente che tale giudizio definitivo debba essere sempre desunto sulla base delle circostanze del caso concreto⁴⁶, e aggiungersi che ciò è confermato anche dall'esame delle discipline delle figure sintomatiche disegnate dal legislatore, nei casi sopra esemplificati sub § 3. Pertanto, il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza di tipizzare comportamenti rispetto ai quali il giudizio definitivo, o se si vuole la "diagnosi" – funzionale all'attribuzione di un determinato trattamento giuridico: la sanzione, la reazione, il rimedio - attende e richiede sempre una conferma da attingersi sulla base di altri fatti⁴⁷, ovvero le circostanze del caso concreto - che possono anche negare il trattamento giuridico in questione - nonché di determinati standard valutativi⁴⁸ adeguati a quel giudizio, il più affermato dei quali è quello della ragionevolezza49.

Se si riconosce questo modo di operare delle figure sintomatiche nel ragionamento del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza, si potrà anche riconoscere che le figure sintomatiche servono a dare corpo ai principî. L'elaborazione delle figure sintomatiche contribuisce ad affinare la stessa comprensione dei principî, con un movimento chiarificatore bidirezionale: dai principî alle figure sintomatiche e viceversa⁵⁰. Tale dinamica porta alla evoluzione storica del contenuto dei principi nella dimensione ermeneutica⁵¹ attraverso l'emersione esemplificativa dei concetti che disegnano le rationes di tutela e di affermazione storica dei principî. Si tratta di una notazione che fa appello alla necessità di affermare una consapevolezza circa il tratto della storicità dei principî, tanto spesso ignorato nel dibattito e nelle critiche rivolte al c.d. ritorno del giusnaturalismo⁵².

pi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico, Milano, 2017.

⁴⁸ La teoria degli *standard* valutativi è nota in tutte le esperienze giuridiche europee da decenni e non è necessario qui ripercorrerne la storia; ricordiamo solo, per tutti, A. FALZEA, Gli standards valutativi e la loro attuazione, in Riv. dir. civ., 1987, p. 1, e G. TEUBNER, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt am Mainz, 1971.

⁴⁹ Cfr. S. Troiano, La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti, Padova, 2005; ID., Ragionevolezza (diritto privato), in Enc. dir., Annali VI, Milano, 2013, p. 763 ss.; E. DEL PRATO, Ragionevolezza e bilanciamento, in Riv. dir. civ., 2010, p. 23; ID., Ragionevolezza e clausole generali, Milano, 2013; G. Perlingieri, Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile, Napoli, 2015; G. PERLINGIERI - A. FACHECHI, Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo, Napoli, 2017; N. LIPARI, Per un diritto secondo ragione, in Riv. dir. civ., 2018, p. 1427. V. anche, di recente, F. TRIMARCHI BANFI, Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative, in Dir. proc. amm., 2019, p. 313.

⁵⁰ Con specifico riguardo alla buona fede, U. NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, in Tratt. Cicu-Messineo, XVI, I, Milano, 1974, passim., e R. SACCO, Cos'è la buona fede oggettiva?, in AA.VV., Il principio di buona fede, Milano, 1987, p. 45.

51 Come noto, alla visione tradizionale che - non senza contraddizioni interne - relegava il neminem laedere al sistema del fatto illecito, si è sostituita una concezione generale dell'alterum non laedere, che valorizza il precetto di Ulpiano nei rapporti obbligatori (D. 1.1.10pr.). Cfr., in dottrina, P. SCHLESINGER, La ingiustizia del danno nell'illecito civile, in Jus, 1960, p. 342-343; per la giurisprudenza, Corte Cass., 22 luglio 1999, n. 500, Foro it., 1999, I, c. 569.

⁵² S. Orlando, Le informazioni, cit., p. 202; M. Zaccheo, Valori e principi, in Persona e mercato, 2019, p. 86 ss., spec p. 90; N. IRTI, I cancelli delle parole, in Un diritto incalcolabile, Torino, 2016, p. 63; A. GENTILI, Senso e consenso, vol. I, p. 51 s.; V. ROPPO, Il racconto della legge, Milano 2019, p. 178 ss.. Per riferimenti essenziali all'attuale ampio dibattito sui principi,





⁴⁶ Con riferimento alla giurisprudenza in materia di convivenza, ben sottolinea questo aspetto M. GRONDONA, La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale, in F. Brunetta D'Usseaux e A. D'Angelo, Matrimonio, matrimonii, Milano, 2000, p. 355-356. Sul punto, si v. anche D. IMBRUGLIA, *La regola*, *cit.*, p. 85-86.

⁴⁷ Su questa dinamica delle clausole generali, A. BELVEDERE, Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme, in Pol. dir., 1988, p. 631. Sulla figura, riferimenti minimi: S. RODOTÀ, Il tempo delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 709; L. MENGONI, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, p. 5; C. CASTRONOVO, L'avventura delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, p. 21; M. LIBERTINI, Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione, in Riv. crit. dir. priv., 2011, p. 345; G. D'AMICO, Princi-

5. Conclusione.

Come ampiamente noto, l'attuale scenario del diritto privato è dominato dalle sfide che la (nuova) complessità pone all'interprete e alle certezze passate⁵³. La pluralità di legislatori e fonti, anche sovraordinate alle fonti nazionali⁵⁴, l'applicabilità diretta del dettato della Carta costituzionale⁵⁵ e di principî, desunti o espressamente posti da fonti, di nuovo, anche sovraordinate alle fonti nazionali⁵⁶, la

cfr. M. Nuzzo, Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo delle corti, in Principi e clausole generali, argomentazione e fonti del diritto, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, p. 89 ss.; F. Addis, Sulla distinzione tra norme e principi, in Europa e dir. priv., 2016, p. 1019; S. Mazzamuto – L. Nivarra, Giurispudenza per principi e autonomia privata, Torino, 2016; e in N. Rizzo, Note minime sull'uso dei principi costituzionali – nel diritto dei contratti – rileggendo Dworkin e Hart, in Riv. dir. civ., 2019, p. 912.

53 Complessità che si traduce naturalmente in un acceso dibattito e in diversità di posizioni, cfr. G. VETTORI, Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, p. 751; C. CASTRONOVO, Eclissi del diritto civile, Milano, 2015; ID., Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia, in Eur. dir. priv., 2017, p. 764; P. GROSSI, L'invenzione del diritto, Roma-Bari, 2017; N. LIPARI, Il diritto civile tra legge e giudizio, Milano, 2017; S. MAZZAMUTO, Il contratto europeo nel tempo della crisi, in Europa e dir. priv., 2010, p. 601 ss.; U. Breccia, Tempi e luoghi del diritto dei contratti, in Contratti, 2018, p. 5; G. D'AMICO, Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici, in Eur. dir. priv., 2019, p. 1; V. Scalisi, Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia, in Riv. dir. civ., 2014, p. 1249; ID., Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto', in Europa e dir. priv., 2010, p. 449 ss., spec. p. 471 ss.; ID., Complessità e sistema delle fonti di diritto privato, in Riv. dir. civ., 2009, p. 147 ss., spec. p. 177 ss.; ID., Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo, in Riv. dir. civ., 2009, p. 413 ss., spec. p. 434 ss.; ID., Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità, in Riv. dir. civ., 2005, p. 282 ss., spec. p. 303 ss.; P. PERLINGIERI, Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica, in Riv. dir. civ., 2010, p. 317 ss., spec. p. 331 ss.; Scoditti, Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale, in Contratti, 2010, 1155 ss.; M. ZACCHEO, Valori e principi, cit.; L. Ferrajoli, Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista, in Giur. cost., 2010, 3, 2771 ss.

⁵⁴ In luogo di tanti, C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295.

⁵⁵ Si vedano le ordinanze Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248 in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 e in *Contratti*, 2014, p. 926, con commento di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*; Corte Cost. 02 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 con commento di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice.*

⁵⁶ In luogo di tanti, si ricordano quanto meno gli importanti contributi di M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95; ID., *Il diritto civi-*

circolazione di modelli e *rules* provenienti da sistemi diversi⁵⁷, la prepotente emersione dei diritti della persona nell'ambito dei rapporti economici tra i privati ⁵⁸, segnano un mutato assetto normativo, presentando un ambiente di lavoro oggi largamente popolato da norme che sono state definite "senza fattispecie"⁵⁹.

Altrove⁶⁰ ho provato a dimostrare come anche nelle norme, per così dire, tradizionali, ovvero "dotate" di fattispecie, l'interprete non possa davvero appagarsi della contemplazione delle serie effettuali, e che l'interprete debba anche a cospetto di esse rappresentarsi i "fatti dovuti" a partire dagli statuti delle situazioni giuridiche soggettive generate dalla fattispecie, declinando i contenuti delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive in figure di

le nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti, III, Napoli, 2006, p. 543; G. VETTORI, Il contratto europeo fra regole e principi, Torino, 2015; G. D'AMICO, Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali), in ivi, p. 443; N. IRTI, Per una concezione normativa dell'autonomia privata, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2018, p. 555.

⁵⁷ In luogo di tanti, F. GALGANO, Lex mercatoria e globalizzazione, in Vita not., 2005, p. 1253; G. IUDICA, Globalizzazione e diritto, in Contratto e impr., 2008, p. 867; N. IRTI, Norma e luoghi - Problemi di geo-diritto, Roma-Bari, 2007; M. R. FERRARESE, Globalizzazione giuridica, in Encicl. dir., Annali, IV, Milano, 2011, p. 547; P. Schlesinger, La globalizzazione nel sistema finanziario, in Pers. Merc., 2011, p. 245; M. SERIO, Sistemi di integrazione giuridica e tecniche di armonizzazione, uniformazione ed unificazione per influsso del diritto comunitario, in Contr. impr. - Eur., 2006, p. 162; FALZEA, Unità del diritto, in Riv. dir. civ., 2005 pp. 218-219. Di recente, v. GAMBARO, Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto, in questa rivista, 2009, p. 7 ss.; G. BENEDETTI, L'elogio dell'interpretazione traducente nell'orizzonte del diritto europeo, in Europa e dir. priv., 2010, p. 413 ss. (anche in AA.VV. Attività transnazionali, sapere giuridico e scienza della traduzione, a cura di Sandulli e Faioli, Roma, 2011, p. 41 ss.); P. RESCIGNO, Codici. Storia e geografia di un' idea, Bari, 2013, passim, spec p. 34 ss e 235 ss.

⁵⁸ V. SCALISI, Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio 'personalista' in Italia e nell'Unione Europea, in Riv. dir. civ., 2010, p. 145 ss.; N. LIPARI, Diritti fondamentali e ruolo del giudice, in Riv. dir. civ., 2010, p. 635 ss. Per una proposta di analisi delle numerosissime norme, oggi non più confinate al diritto dei contratti, intese a proteggere la vulnerabilità decisionale dei privati, cfr. S. ORLANDO, Le informazioni, cit., p. 190 ss., spec. p. 196 ss.

ss., spec. p. 196 ss.

⁵⁹ G. VETTORI, Regole e principî. Un decalogo, in Nuova giur. civ. comm., 2016, p. 124. E cfr. anche ID., Oltre il consumatore, in Obbligazioni e contratti, 2011, p. 86 ss. Sulla crisi della fattispecie, si v. altresì, ex multis, N. IRTI, Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie, in Riv. dir. civ., 2014, 5, p. 687; Un diritto incalcolabile, in Riv. dir. civ., 2015, p. 11; Un contratto incalcolabile, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, p. 17; Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni), in Riv. soc., 2015, p. 801.

⁶⁰ S. ORLANDO, Fattispecie, comportamenti rimedi. Per una teoria del fatto dovuto, cit.; ID., Sul tempo dei fatti e degli effetti, in Studi in onore di Giuseppe Benedetti, Napoli, 2008, p. 1273 ss.



comportamenti permessi, doverosi e vietati. In questo senso, anche di fronte a norme dotate di una "prima" fattispecie, ossia la fattispecie del "fatto che accade" o "fatto trovato" (i.e. i fatti previsti dal legislatore per l'eventualità che possano verificarsi) all'interprete è sempre richiesto di costruire una | 140 "seconda" fattispecie, ossia la fattispecie del "fatto che deve accadere" o "fatto dovuto" (i.e. i fatti che debbono verificarsi per la legge, in conseguenza dei primi, e ricavabili dal contenuto delle situazioni soggettive da questi generati, ad es. l'esecuzione di una prestazione, il rispetto del bene altrui) con ciò raffigurandosi in definitiva i comportamenti permessi, quelli doverosi e quelli vietati⁶¹. La costruzione della "seconda fattispecie" (e con essa la raffigurazione di comportamenti permessi, doverosi e vietati) costituisce pertanto, sul piano ricostruttivo generale, l'approdo necessario dell'analisi di ogni

Non dissimilmente, l'elaborazione delle figure sintomatiche, quando non poste direttamente dal legislatore, richiede all'interprete di raffigurarsi comportamenti doverosi (tanto di fare che di non fare) a partire dall'interpretazione di clausole generali e principî. Le figure sintomatiche infatti consistono in figure di comportamenti che presentano indici di violazione di divieti o di specifici obblighi desunti in via interpretativa da clausole generali e principî, e il cui giudizio definitivo circa l'effettiva violazione e il conseguente preciso trattamento giuridico dipende dall'apprezzamento di ulteriori circostanze di fatto e dall'impiego di standard valutativi adeguati, nel senso sopra esposto.

Orbene, se, come incisivamente osservato, "la crisi della fattispecie non è crisi della decisione" e il lavoro del giurista "non si interrompe, ma continua in un nuovo orizzonte" in cui il "vuoto della [prima] fattispecie" accresce nel nostro mestiere il ruolo dell'interpretazione "caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza" può non essere inutile la proposta di interrogarsi circa i vantaggi e i limiti del ragionare per figure sintomatiche.

⁶³ G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1108.



⁶¹ Nello schema della norma "tradizionale", la serie completa è pertanto fattispecie-diritti-fattispecie, dove i diritti costituiscono il medio logico tra il fatto trovato e il fatto dovuto: S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., p. 1063.

⁶² N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 44; e v. anche ID., *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in AA.VV., *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2019, p. 17 ss.

| 141

VITA FAMILIARE E CONSERVAZIONE DELLO STATO DI FIGLIO: A PROPOSITO DELLE SEZIONI UNITE SULLA (NON) TRASCRIVIBILITÀ DELL'ATTO DI NASCITA DA SURROGA DI MATERNITÀ ALL'ESTERO.

Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. Dal legame genetico all'affettività, dall'atto al rapporto. - 2. Rilevanza della relazione affettiva di tipo familiare: le fattispecie. 3. Tensioni normative in una società che ha arricchito il fondamento della genitorialità e della parentela. - 4. Genitorialità biologica e sociale: interpretazione costituzionalmente orientata del lemma «genitore». - 5 (Segue). Sul dovere di mantenimento e sull'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore sociale. - 6. Vita familiare e nozione ampia di ascendente. - 7. Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato da surroga di maternità all'estero: due cardini della motivazione. - 8. (Segue) Il preminente interesse del minore: un principio a garanzia di soluzioni non astratte. - 9 (Segue) La surroga di maternità: un divieto recessivo rispetto alla tutela del diritto fondamentale del minore di vivere nella propria famiglia.

ABSTRACT. Il saggio muove dalla rilevanza giuridica del diritto del minore alla conservazione dei legami affettivi di tipo genitoriale e familiare, per svolgere un'analisi sul significato dei lemmi «genitore», «ascendente», «nipote» adoperati dal codice civile. L'evoluzione dell'ordinamento e l'irrompere di nuovi modelli familiari hanno determinato un ampliamento del fondamento della filiazione, non più costituito soltanto dalla generazione e dal legame genetico, ma anche, in certi casi, dall'assunzione della responsabilità. Ciò ha generato frizioni rispetto a una normativa, non aggiornata dal legislatore, che esige un'interpretazione ampia del termine genitore rispetto alla figura del genitore sociale, ma anche del lemma ascendente rispetto alla figura dell'ascendente sociale. Si constata nel saggio un grado decisamente maggiore della rilevanza del rapporto rispetto all'atto. Si aggiunga che sul piano del diritto internazionale privato, il diritto del minore alla stabilità della relazione familiare e il diritto di crescere nella propria famiglia sono elementi imprescindibili, operanti nella valutazione di compatibilità di un provvedimento straniero con la nozione di ordine pubblico internazionale, qualora vi sia contrasto con norme imperative interne. Sul punto viene presa in esame la sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 12193/2019 che ha negato, non senza esporsi a critiche sviluppate in queste pagine, la trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga biologica di maternità avvenuta all'estero.

The essay moves from the legal relevance of the child's right to the preservation of emotional parental and familiar ties, to carry out an analysis on the meaning of the words "parent", "ascendant", "nephew" used by the civil code. The evolution of the order and the emergence of new family models have led to an expansion of the foundation of filiation, no longer constituted only by generation and genetic bonding, but also, in some cases, by the assumption of responsibility. This causes frictions with respect to legislation, not updated by the legislator, which requires a broad interpretation of the term parent with respect to the figure of the social parent, but also of the ascending lemma with respect to the figure of the social ascendant. There is a decidedly greater degree than the relevance of the relationship with the act. Add that on the level of private international law, the minor right to the stability of the family relationship and the right to grow up in one's family are indispensable elements operating in the assessment of the compatibility of a foreign provision with the notion of international public order when there is contrast with internal mandatory rules. On this point the recent sentence of the Cassation with joint Sections n. 12193/2019 which denied, not without exposing itself to criticisms developed in these pages, the transcription of the birth certificate from biological surrogate of maternity occurred abroad.



1. Dal legame genetico all'affettività, dall'atto al rapporto.

Un carattere pervasivo del diritto di famiglia è costituito dalla rilevanza giuridica del rapporto stabile e duraturo e dell'affettività¹. Si è passati, gradualmente, da un ordinamento che basava i legami familiari quasi esclusivamente sul legame genetico, su cui si innesta la parentela (art. 74 c.c.), e sull'atto ad un altro, di maggiore complessità, aperto alla dimensione concreta dei rapporti. Ciò significa che il diritto vigente è andato oltre la qualificazione formale di coniuge e di parente, riconoscendo e garantendo una vasta gamma di rapporti duraturi, incentrati sull'affettività e sulla significatività dello stare insieme.

Qualche esempio conduce subito il discorso su un piano di concretezza. Se la coppia affidataria del minore, durante un prolungato periodo di affidamento ai sensi degli artt. 2 ss. della legge n. 184/1983 («Diritto del minore ad una famiglia»), ha stretto con il medesimo un «legame affettivo significativo, stabile» e «duraturo», essa beneficia di una sorta di preferenza nella scelta dei coniugi adottivi da parte del tribunale ai fini dell'adozione (art. 4, co. 5-bis, l. n. 184/1983). Inoltre, l'adozione in casi particolari del minore, figlio della compagna dello stesso sesso dell'adottante, è ben possibile ai sensi dell'art. 44 let. d) legge n. 184/1983, poiché ciò che conta di più - lo ha sottolineato la giurisprudenza - è non già la presenza di due genitori di sesso diverso, ma «l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore», quindi il rapporto esistente e prefigurabile².

Segni evidenti della rilevanza del rapporto emergono, inoltre, dalla giurisprudenza sia sulla Kafalah³ sia, come si dirà più estesamente in seguito,

¹ P. Femia, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in *La famiglia all'imperfetto?*, a cura di Angela Busacca, Napoli, 2016, p. 255 ss.

sul riconoscimento del provvedimento straniero costitutivo dello stato di figlio; provvedimento la cui esecutività in Italia è subordinata alla non contrarietà all'ordine pubblico (artt. 65 e 66 l. 218/1995).

Ancora, spostando l'attenzione sul rapporto di coppia, la convivenza di fatto è una formazione sociale (*rectius*: un nucleo familiare) i cui presupposti di legge - stabile affettività e reciproco sostegno ai sensi dell'art. 1, comma 37, l. n. 76/2916 - generano situazioni meritevoli di tutela, come dimostrano i commi 42, 49, 61 e 65 dell'art. 1 l. n. 76/2016. Anche il matrimonio, come è stato autorevolmente indagato⁴, trova il proprio fondamento non tanto e non solo nell'atto ma, più propriamente, nell'affettività e nel progetto di vita comune; dunque nel rapporto.

Ciò è comprovato, senza pretesa di esaustività, dall'accezione soggettiva del requisito dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza (art. 151 c.c.)⁵, come pure dall'insufficienza, ai fini della riconciliazione (art. 157 c.c.), di ripetute occasioni di incontri e frequentazioni da parte dei coniugi, occorrendo piuttosto la prova di «una reale e concreta ripresa delle relazioni materiali e spirituali costituenti manifestazione ed effetto della rinnovata società coniugale»⁶.

Si aggiunga che la relazione affettiva stabile e duratura nella misura temporale di tre anni dalla celebrazione del matrimonio, quale elemento della convivenza come coniugi, è alla base della preclu-



² N. CIPRIANI, Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali dopo la l. n. 76 del 2016, in Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e tutela dei minori, a cura di B. E. Hernández-Truyol e R. Virzo, Napoli, 2016, p. 249 ss. e ivi R. PANE, Unioni Same-sex e adozioni in casi particolari, 221 ss.

³ Com'è orami noto, la Kafalah è un istituto vigente nei Paesi di matrice islamica, i quali non ammettono, sulla base del Corano, l'adozione. Esso consiste in una affiliazione con cui un terzo affidatario, il Kafil, assume gli obblighi di mantenere, educare e proteggere un minore in stato di abbandono (makfoul), senza che si costituisca alcun reciproco rapporto di parentela e senza recisione del vincolo, ove sussista e sia conosciuto, con i genitori di sangue. Esistono due modalità di costituzione dell'istituto *de quo*: mediante provvedimento giudiziale (kafalah c.d. pubblicistica) o con accordo notarile privato (kafalah c.d. privatistica). Sulla questione del ricongiungimento familiare cfr.: Cass., 3 marzo 2008, n. 7472, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 675 ss., con nota di R. Gelli, *La kafalah tra esigenze di tutela*

del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione; Cass. Sez. un. 4 settembre 2013, n. 21108, in Corr. giur., 2013, p. 1497 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo, su un caso di minore affidato in kafalah ad un cittadino italiano che può ottenere il ricongiungimento familiare in forza di una riconduzione della fattispecie all'espressione legislativa ex art. 3 d. lgs. n. 39/2007 «altri familiari». Per una sintesi ragionata cfr. R. Gelli, Rappresentanza e cura del minore sottoposto a Kafalah tra funzioni del kafil ed esclusione della tutela, in Fam. e dir., 2019, 1, p. 42 ss., la quale rileva come ciò che conta di più è «il dato effettivo dell'esistenza di un legame con un nuovo soggetto investito del ruolo parentale», sebbene occorra evitare aggiramenti della normativa sull'immigrazione attraverso le competenze della prefettura e della giurisprudenza.

⁴ V. SCALISI, Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile, in Riv. dir. civ., 1990, I, p. 153 ss.

⁵ Cass., ord. 5 febbraio 2019, n. 26084, in *Banca dati-One legale*, afferma che la frattura tra i coniugi può «dipendere dalla condizione di disaffezione e distacco di una sola delle parti, verificabile in base a fatti obiettivi, come la presentazione stessa del ricorso ed il successivo comportamento processuale, (e in particolare alle negative risultanze del tentativo di conciliazione), dovendosi ritenere, in tali evenienze, venuto meno quel *principio del consenso che, con la riforma attuata attraverso la l. n. 151/1975, caratterizza ogni vicenda del rapporto obbligatorio*» (corsivo mio).

⁶ Cass., 26 luglio 2019, n. 22506, in <u>www.ilcaso.it</u>., conferma l'orientamento consolidato.

sione per la Corte d'appello di delibare la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario pronunciato dal tribunale ecclesiastico⁷. Vi sarebbe altrimenti un contrasto con l'ordine pubblico italiano. La convivenza "come coniugi" - affermano le Sezioni unite⁸ - è l'elemento essenziale del matrimonio-rapporto e, in quanto fonte di diritti, di doveri, di responsabilità anche genitoriali e di affidamenti legittimi, attiva posizioni giuridiche di rilievo costituzionale all'interno della cornice matrimoniale.

Da qui l'impossibilità di delibare la sentenza canonica di nullità del matrimonio «per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell' ordine canonico». Ciò a condizione che il coniuge fosse a conoscenza dell'esclusione di uno dei *bona matrimonii* da parte dell'altro, e quindi della divergenza tra volontà e dichiarazione. Quest'orientamento dimostra ancora una volta l'assoluto rilievo che ha la convivenza: se entrambi i coniugi condividono (anche col silenzio) l'esclusione dei fondamenti cattolici del matrimonio, allora il giudice italiano può delibare la pronuncia⁹. Insomma, tutto questo dà sostanza alle parole di apertura del discorso: la famiglia nella sua genesi, durata e anche nella sua crisi¹⁰ ruota intorno al rapporto e alla dimensione affettiva, la quale, talvolta, ha difficolta a essere ricondotta a una precisa fattispecie legale. Ciò in quanto le disposizioni attinenti alla costituzione della filiazione e, più ingenerale, al grado di autonomia privata in ambito familiare rappresentano, in certi casi, un ostacolo all'emersione giuridica dell'affettività.

Di fronte a queste tensioni che originano dalla incontenibile fattualità, l'ordinamento non offre sempre tutte le risposte con specifiche disposizioni di dettaglio, anzi, come diremo meglio in seguito, in certi ambiti è addirittura in ritardo rispetto ad altri Paesi. Ma questo non significa che non vi siano soluzioni prospettabili, attraverso un uso corretto dei principi¹¹ e della loro peculiare forza, consistente, com'è stato ben rilevato¹², nel favorire «il mutamento e il sovvertimento infra-sistemico» dell'ordinamento.

È noto come le tensioni ordinamentali di cui si diceva sono causate soprattutto dal turismo procreativo, dalla circolazione interstatuale delle famiglie e da una crescente domanda di tutela dei diritti fondamentali coinvolti nelle relazioni affettive¹³. A fronte di domande che, sulle prime, scuotono il sistema, sembra di poter rilevare come il giudice non sia solo nel governare l'incertezza semantica dei

del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno dei coniugi, di uno dei bona matrimonii, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, o che non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza, in quanto, qualora le menzionate situazioni non ricorrano [e allora la sentenza ecclesiastica non è delibabile, n.d.r.], la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole». In senso conforme cfr.: Cass., 14 febbraio 2019, n. 22771, in www.ilcaso.it e Cass., 9.12.2019, n. 32027, in ww.cassazione.net, che conferma la pronuncia della Corte d'appello di Roma che aveva dichiarato l'efficacia nella Repubblica italiana della sentenza del Tribunale Ecclesiastico, poiché era stato accertato che la coniuge «conosceva, o in ogni caso avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza, la volontà dell'altro coniuge, manifestata da indici rivelatori prima del matrimonio, di esclusione della prole».

¹³ C. CAMARDI, Diritti fondamentali e «status» della persona, in Riv. crit. dir. priv., 2015, 1, p. 7 ss.



⁷ Cass., 26.11.2019, n. 30900, www.cassazione.net, ribadisce quanto già affermato da Cass. Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16279, in Fam. e dir., 2015, 3, p. 228 ss., con nota di L. Graziano, Per le Sezioni unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale; in Giur. it., 2014, p. 2119 ss., con nota di N. COLAIANNI, Convivenza "come coniugi" e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo. I tre anni sono stati ricavati dalle Sezioni unite in forza dell'applicazione analogica dell'art. 6, co. 4, l. n. 184/1983 che consente l'adozione solo ai «coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni». Il legislatore - affermano le Sezioni Unite sulla scorta della pronuncia della Corte cost. n. 281/1994 - ha inteso il matrimonio «non solo come "atto costitutivo" ma anche come "rapporto giuridico", vale a dire come vincolo rafforzato da un periodo di diritti e doveri», onde «il criterio dei tre anni successivi alle nozze si configura come requisito minimo presuntivo a dimostrazione della stabilità del rapporto matrimoniale».

⁸ Cass. Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16279, cit. affronta la questione della possibile delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, ricostruendo con ampiezza di argomenti la centralità del matrimonio-rapporto rispetto al matrimonio-atto. Nel principio di diritto si scrive che «la convivenza come coniugi deve intendersi - secondo la Costituzione (artt. 2, 3, 29, 30 e 31), le Carte Europee dei diritti (art. 8 paragrafo 1 Cedu, art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'UE) quale elemento essenziale del "matrimonio-rapporto", che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari».

⁹ Cass. Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16279, cit., richiama il principio di diritto consolidato il base al quale: «la dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità

¹⁰ A. GORGONI, Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti, in Persona e mercato, 2018, 4, p. 236 ss.

¹¹ G. VETTORI, La forza dei principi. Ancora un inizio, in Persona e mercato, 2019, 1, p. 3 ss.; ID., La giurisprudenza fonte del diritto?, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, p. 869 ss.; ID., Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?, in Persona e mercato, 2017, 2, p. 73 ss.; ID., L'attuazione del principio di effettività. Chi e come, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2018, 3, p. 939 ss.

¹² P. Femia, *Tre livelli di indistinzione tra principi e clausole generali*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri-M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 234.

principi. Come si constaterà nel prosieguo, i giudici, tendenzialmente, non hanno utilizzato in modo disinvolto o non rigoroso i principi, attingendo alla loro coscienza, ma si sono sforzati di mostrare la strada che, attraverso l'interpretazione dei principi e delle disposizioni di legge, ha condotto, volta a vol-| 144 ta, alle soluzioni più rispondenti ai casi concreti. Del resto la norma da applicare non origina all'improvviso da un principio, ma è il frutto di una storia evolutiva dell'ordinamento, che lascia segni qua e là nel tessuto della *lex posita* e della giurisprudenza. Solo ponendosi in questa prospettiva, che è quella autorevolmente rimarcata del punto e della linea, del rapporto tra diritto e civiltà¹⁴, è possibile, com'è stato acutamente osservato¹⁵, rompere l'ordine al fine di dare continuità al diritto.

> Ouest'ultima affermazione sembra un ossimoro o un'ambiguità del pensiero, ma non è così. Il compito del giurista oggi, dove le dinamiche sociali sfuggono alla pronta risposta regolativa del Parlamento, è sempre più spesso quello di rompere l'ordine apparente, per mostrare un altro ordine più aderente al movimento evolutivo dell'ordinamento, sospinto dalla legge e soprattutto dalla giurisprudenza¹⁶.

> Alcuni esempi in cui emerge quest'impostazione ermeneutica sono rintracciabili nella rilevanza della genitorialità sociale e dell'ascendenza di fatto. In entrambi questi casi, mancando una normativa specifica di riferimento, è difficile stabilire se vi sia spazio, rispettivamente, per riconoscere poteri al genitore sociale e per affermare il diritto dell'ascendente di fatto di mantenere rapporti significativi con i nipoti.

> Non solo: come si diceva, la mobilità delle persone e il turismo procreativo spingono le coppie verso altri paesi per realizzare il loro desiderio di avere figli attraverso la procreazione medicalmente

glie ritornano in Italia con la prole, chiedendo allo Stato il riconoscimento, per entrambi i membri della coppia, della qualità di genitori.

Tale questione potrebbe essere liquidata con un diniego, in applicazione dei ricordati divieti, posti a tutela della dignità della donna e a salvaguardia del minore e del diritto di avere due genitori genetici di sesso diverso.

In realtà il discorso è più articolato in ragione dell'esistenza non soltanto del principio del preminente interesse del minore, ma anche di disposizioni di legge che, come si accennava, si appuntano sull'affettività; senza tacere di una significativa giurisprudenza che, per un verso, non ha accolto soluzioni precostituite dalla mera sussunzione o dal sillogismo, per un altro, ha recepito l'idea, scritta nelle norme come diremo più approfonditamente, che il fondamento della filiazione non sta più soltanto nel legame genetico e ciò ben oltre la fattispecie dell'adozione.

Rilevanza della relazione affettiva di tipo familiare: le fattispecie.

La filiazione e, più in generale, i rapporti di tipo familiare che coinvolgono il minore sono interessati, da tempo, da una complessa evoluzione¹⁷ sospin-



assistita. Lo spostamento altrove deriva dai divieti esistenti nel paese di provenienza, come quello italiano di surroga biologica di maternità (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004) o di accesso alla procreazione medica per le persone dello stesso sesso (art. art. 5 l. n. 40/2004). I problemi sorgono quando queste fami-

¹⁴ P. GROSSI, Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, p. 17-18.

¹⁵ P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo* electronic law bulletin, 2019, 25, p. 4.

¹⁶ Esprime una visione realista della dinamica giuridica G. Vettori, La forza dei principi. Ancora un inizio, cit., p. 5, quando afferma: «Trovo poco produttivo insistere su una priorità della legge o dei giudici in presenza di una fase storica che non ha necessita di "visioni univoche e parziali", ma di una razionalità "dinamica e aperta", capace di ordinare il presente e di porsi in sintonia con il proprio tempo, con un'analisi attenta dei benefici e dei limiti dell'attività delle Corti in Italia e in Europa».

¹⁷ Sono molti gli scritti in cui si sottolinea, talvolta con accenti e visioni d'insieme diverse, l'evoluzione della famiglia e in particolare del diritto della filiazione. Un'evoluzione in cui spicca il valore della relazione affettiva stabile e duratura sia nel rapporto tra adulti sia in quello, che interessano da vicino queste pagine, tra adulto e minore con riguardo al quale si è fatta strada una genitorialità sociale oltre a quella biologica. Si segnalano almeno i seguenti lavori: V. SCALISI, Le stagioni del diritto di famiglia dall'unità d'Italia a oggi (parte prima), in Riv. dir. civ., 2013, 5, p. 11043 ss. e ivi parte seconda, 2013, 6, p. 1287 ss.; F.D Busnelli, La famiglia e l'arcipelago familiare, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 509 ss.; M. PARADISO, Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è, in Riv. dir. civ. 2016, 5, p. 1306 ss.; P. ZATTI, Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia, in Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari-Matrimonio-Famiglia di fatto, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, Milano, 2011, I, p. 3 ss.; F. Prosperi, Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio, in Riv. crit. dir. priv., 2013, p. 273 ss.; ID. Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione, in Il nuovo diritto di famiglia, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, 19 ss.; e ivi R. PANE, Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione, cit., p. 25 ss.; G. SALVI, Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità, Napoli, 2018, p. 55 ss.; S. Veronesi, Genitore "sociale" e relazioni di fatto: riconosciuta la rilevanza dell'interesse del minore a mantenere un rapporto stabile e significativo con il convivente del genitore biologico, in Corr. giur. 2015, 12, p. 1549 ss.; G. RECINTO, Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno, Napoli, 2016; U. SALANITRO, Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme, in Riv. dir. civ., 2019, 3, p. 563 ss.; G. COLLURA, «Le famiglie degli affetti» e le nuove genitorialità, in Rass. dir. civ., 2018, 1, p. 37 ss.

ta da diversi fattori: la perdita di centralità della famiglia fondata sul matrimonio a fronte sia dell'equiparazione completata nel 2102/2013 fra filiazione nata nel e fuori dal matrimonio sia di una pluralità di modelli familiari in cui assume rilievo decisivo la sostanza fattuale del legame ¹⁸, i progressi della tecnologia riproduttiva che hanno incrementato i modi di diventare genitori, la crescente attenzione all'effettività dei diritti fondamentali¹⁹ e la circolazione delle persone con i relativi status. Tutto ciò, da un lato, crea tensioni tra la normativa interna e i nuovi fatti che ambiscono alla giuridicità, dall'altro, impone un confronto tra culture diverse da condurre, nella dimensione internazionalprivatistica, attraverso lo strumento dell'ordine pubblico.

Come si diceva nel paragrafo precedente, c'è un dato conclamato da cui muovere, espresso dal sistema normativo, dalla giurisprudenza e da un'ampia parte della dottrina²⁰: è la rilevanza giuridica della relazione affettiva di tipo familiare. Una relazione che, tradizionalmente, si innesta sul legame di sangue e sulla parentela e che, oggi, origina dall'assunzione di responsabilità genitoriale da par-

te di chi non ha generato o dal legame affettivo che sorge tra il minore e figure diverse dai genitori, quali gli affidatari o il cosiddetto "ascendente sociale".

Plurime sono, pertanto, le fattispecie espressive di ciò che è inquadrabile come nuovo (o, se si vuole, più ampio) fondamento della filiazione; se ne indicano alcune che fungono da base del discorso.

La decisione di diventare genitori si attua anche mediante l'accesso di una coppia di coniugi o di conviventi di fatto alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; pratica, questa, com'è noto, ammessa in Italia in forza di una pronuncia della Corte costituzionale, resa a tutela di diritti fondamentali²¹. Nell'eterologa solo uno dei membri della coppia è legato geneticamente al nato, essendo l'altro destinatario della donazione di gameti e nei cui confronti la genitorialità si costituisce in forza di un'assunzione irreversibile di responsabilità (art. 9 l. n. 40/2004).

In un'altra fattispecie una coppia di maggiorenni, magari dello stesso sesso, si avvale in un altro paese della surroga biologica di maternità e, di ritorno in Italia, chiede la trascrizione dell'atto nascita legalmente formato all'estero. Gli Ufficiali dello stato civile tendono a negarla, adducendo ora la contrarietà della surroga all'ordine pubblico, ora l'impossibilità giuridica di avere due genitori dello stesso sesso.

Ancora: un convivente di fatto o un coniuge si comporta come fosse genitore nel rapporto che instaura e consolida con il figlio rispettivamente del partner e dell'altro coniuge (c.d. famiglia ricomposta). A tal proposito, dottrina e giurisprudenza adoperano il sintagma «genitore sociale», per segnalare che la genitorialità origina da un legame familiare di fatto. Il problema si pone qualora il genitore giuridico (quello biologico), in conseguenza della separazione personale, del divorzio o della crisi della convivenza di fatto, impedisca ogni frequentazione del figlio con l'ex compagno di vita (il "genitore di fatto"). Il quale è stato ed è percepito dal figlio come vero e proprio secondo genitore.

L'elemento comune che lega le fattispecie descritte è l'assunzione volontaria della responsabilità, ora della nascita, ove vi sia un progetto condiviso di genitorialità, magari attuato in un altro paese ricorrendo a pratiche vietate in Italia (come la surroga di maternità), ora della crescita del figlio del coniuge o

²¹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.* 2014, 8-9, p. 262 ss., con nota di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*; in *Fam. e dir.*, 2014, 8-9, p. 753 ss., con nota di V. Carbone, *Sterilità di coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, legge n. 40 del 2004, rendendo così nuovamente possibile (lo era già prima del 2004) la procreazione eterologa.



¹⁸ Cfr. sia pur con accentuazione diverse: V. Scalisi, "Famiglie" e "famiglie" in Europa, in Riv. dir. civ., 2013, 1, p. 7 ss.; F. D. BUSNELLI, Frantumi europei di famiglia, in Riv. dir. civ., 2013, p. 767 ss., più orientato sulla centralità dell'art. 29 Cost.; R. Pane, Dalla protezione alla promozione del minore, in Rass. dir. civ., 2019, 1, p. 86 ss., sottolinea, invece, maggiormente la logica pluralista della Costituzione; M. SESTA, La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2017, p. 569 ss. pone in contrapposizione l'originario disegno del costituente sulla famiglia fondata sul matrimonio, in cui si distingue la sua funzione sociale, rispetto a una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali. Egli aggiunge che si è verificato, per effetto della legislazione più recente, un vero e proprio rovesciamento della prospettiva costituzionale: dal matrimonio posto in posizione di centralità alla pluralità dei modelli familiari; dalla duplicità all'unicità della filiazione. Ciò induce l'Autore a constatare come l'art. 29 Cost. sia «divenuto un fossile».

¹⁹ G. VETTORI, voce Effettività delle tutele, in Enc. dir. - Annali, Milano 2017, p. 381 ss. e, più di recente, ID., La forza dei principi. Ancora un inizio, cit., 6-7; V. SCALISI, Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea, in Riv. dir. civ., 2010, 1, p. 145 ss.

Discussi sono i limiti entro cui far valere tale rilevanza giuridica. Cfr. più di recente: R. SENIGAGLIA, Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere, in Eur. e dir. priv., 2017, 3, p. 953 ss.; M. CINQUE, Quale statuto per il "genitore sociale"?, in Riv. dir. civ. 2017, 6, p. 1475 ss.; M. G. STANZIONE, Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale, in

www.comparazionedirittocivile.it, p. 8; R. PANE, Dalla protezione alla promozione del minore, cit., 88, sottolinea che il «dato unificante [sta] nell'effettività e significatività delle relazioni familiari» (cfr. anche pp. 99-100); A. CORDIANO, Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva, in Nuova giur. civ. comm., 2017, 255 ss.; A. GORGONI, Filiazione e responsabilità genitoriale, Milano, 2017, passim.

del convivente di fatto attraverso la libera assunzione dei doveri genitoriali di cui agli artt. 30, co. 1, Cost. e 315-bis c.c.

A questa elencazione deve aggiungersi, come si accennava sopra, il caso emerso ultimamente in giurisprudenza dell'ascendente di fatto²², ossia di chi si comporta come fosse nonno o nonna pur mancando il vincolo di parentela. Una tale situazione accade quando l'ascendente giuridico (*id est*: il parente in linea retta) si risposi (o inizi una nuova convivenza) e il nuovo coniuge (o convivente) assuma, di fatto, il ruolo di nonno/nonna nei confronti del nipote del proprio coniuge (o convivente). Il problema si determina quando i genitori del minore, a seguito della crisi di coppia, precludano al figlio ogni rapporto con il "nonno (nonna) sociale", adducendo, *sic et simpliciter*, la mancanza del vincolo giuridico.

Il codice civile non ha disciplinato espressamente quest'ultimo caso, ma, come vedremo, i diversi formanti normativi, interni e internazionali, consentono di attribuire rilevanza a siffatta relazione di tipo familiare.

3. Tensioni normative in una società che ha arricchito il fondamento della genitorialità e della parentela.

In ragione di questo sintetico quadro casistico, è quanto mai attuale svolgere una riflessione sul concetto di genitore e di ascendente, come codificato e modificatosi dal 1942 ad oggi. Soprattutto perché le disposizioni del codice civile, a fronte delle questioni giuridiche sopra accennate, non contemplano specificamente la relazione familiare di tipo fattuale. Esse, quando utilizzano i lemmi «genitori», «ascendenti», «parenti», «nipoti» si riferiscono, almeno secondo l'intenzione del legislatore, a una genitorialità e a un'ascendenza fondata sull'esistenza del legame di sangue e dello stipite in comune in base alla nozione di parentela (art. 74 c.c.).

Se ci si fermasse a questa considerazione, si dovrebbe concludere che il minore non ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con il genitore sociale, essendo inapplicabile l'art. 337-ter, co.1, c.c. Sarebbe di conseguenza illegittimo un affidamento condiviso tra il genitore giuridico e quello sociale, i quali hanno vissuto insieme quali conviventi di fatto. Come pure dovrebbe escludersi, ai sensi dell'art. 317-bis, co. 2, c.c., la legittimazione attiva per il nonno "di fatto" a far valere il «diritto di mantenere rapporti significativi

con i nipoti minorenni». Insomma, il genitore e l'ascendente di fatto, in mancanza di un'apposita disciplina che li contempli, non avrebbero alcuna possibilità di giuridicizzare il loro rapporto con il minore.

Infine, e con più forti argomenti, dovrebbe ritenersi, come hanno deciso le Sezioni Unite della Cassazione nel 2019²³, assolutamente contraria all'ordine pubblico la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero, formato sulla base di una surroga biologica di maternità, che costituisca lo stato di figlio nei confronti dei genitori committenti privi del legame genetico con il nato.

Si dirà che i problemi sollevati dalle predette fattispecie devono essere trattati e risolti in modo diverso, poiché ognuno di essi si colloca in un sistema specifico di norme. Certamente l'approccio del giurista deve essere quello di distinguere i casi, cogliendone le peculiarità al fine di trarre dal reticolo delle fonti la soluzione più coerente²⁴. La casistica menzionata è, tuttavia, dominata da due questioni di fondo, attinenti l'una all'individuazione delle conseguenze giuridiche della stabile relazione affettiva (di tipo genitoriale/parentale) con il minore, l'altra al modo di operare del principio costituzionale del best interest of the child; interesse che, applicandosi in tutte le vicende riguardanti il minore, può innescare, come vedremo, conflitti (apparenti) con il principio di legalità²⁵.

Preme subito rilevare come vi sia un indirizzo ermeneutico, incentrato sulla gerarchia dei valori, che si ritiene di adottare al fine di risolvere le questioni sopra accennate. Un indirizzo che muove dalle seguente considerazione: se il diritto del minore alla stabilità dei rapporti di tipo genitoriale/affettivo è un diritto di derivazione costituzionale, essendo strettamente legato all'identità personale e alla salute, tant'è che il principio di verità dello stato di figlio può essere mitigato da quel diritto finanche





²² Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, in *Fam. e dir.*, 2019, 4, p. 378 ss., con nota di S. CAPPUCCIO, *La rilevanza del rapporto affettivo con il nonno sociale: la lettura evolutiva dell'art. 317-bis c.c.*

²³ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in Fam. e dir., 2019, 7, p. 653 ss., con note di M. Dogliotti, Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri, e di FERRANDO, Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento; in Nuova giur. civ. comm., 2019, 4, p. 737 ss., con nota di U. SALANITRO, Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità.

zionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità.

24 Tra l'altro quest'approccio è uno dei tratti più qualificanti della recente pronuncia delle Sezioni Unite sulla surroga biologica di maternità. In essa si invita il giudice a non estraniare dal caso concreto il principio di diritto affermato dal precedente della Cassazione, onde evitare indebite generalizzazioni.

²⁵ L. LENTI, Note critiche in tema di interesse del minore, in Riv. dir. civ., 2016, 1, p. 86 ss. (versione in Banca dati-Leggi d'Italia); ID., L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo, in Nuova giur. civ. comm., 2016, 1, p. 148 ss.

nell'applicazione delle azioni di stato²⁶, diventa difficile, attraverso il bilanciamento, cancellarlo o farlo arretrare eccessivamente rispetto ad altri valori, pure di rilievo costituzionale.

L'interprete è, dunque, chiamato a un compito delicatissimo: bilanciare nella consapevolezza che le soluzioni prospettabili sono strette tra gli elementi del fatto che si vorrebbero valorizzare e la salvaguardia irrinunciabile della tenuta del sistema, anche in chiave - è bene sottolinearlo - di una sua più corretta a aggiornata rilettura²⁷.

Un primo passo per sviluppare il discorso è forse cercare di rispondere ad alcune domande. Se ne impongono almeno tre. La prima: quali sono le disposizioni di legge che, nelle predette fattispecie, contribuiscono a delineare il diritto del minore alla continuità dei rapporti affettivi e alla conservazione dello stato di figlio con chi tecnicamente non è né genitore né ascendente? Questo diritto, ove esistente a livello costituzionale, entrerebbe con forza nelle vicende che interessano il minore.

La seconda: quali sono gli strumenti o gli istituti attuativi di tale diritto? Infine, la terza: il bilanciamento effettuato dal legislatore tra l'interesse del minore in astratto e altri valori dell'ordinamento è vincolante per l'interprete? In altri termini: c'è un bilanciamento legale cui l'interesse concreto del minore deve sottostare?

4. Genitorialità biologica e sociale: interpretazione costituzionalmente orientata del lemma «genitore»

Quanto alla risposta alla prima domanda, il legislatore ha valorizzato l'affettività oltre il matrimonio e la parentela, sebbene non abbia disciplinato la figura del genitore sociale. Vi sono tuttavia alcune disposizioni che esprimono implicitamente la rilevanza del rapporto di filiazione non genetico.

Un primo articolo è il 244, co. 4, c.c. che, nel prevedere un termine di proponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità, decorrente «in ogni caso» (salvo che per il figlio) dalla nascita, dà rilievo al rapporto duraturo e alla conservazione dello *status*, postulando la relatività del principio del *favor veritatis*. Analogamente dispone l'art. 263. ult. co., c.c. con riguardo all'azione di impugnazione per difetto di veridicità.

Perspicuo è anche il richiamo dell'art. 4, co. 5bis, 1. n. 184/1983 («Diritto del minore ad una famiglia»), introdotto dalla legge n. 173/2015, che attribuisce alla famiglia affidataria, dotata dei requisiti soggettivi di cui all'art. 6 l. 184/1983, una priorità nell'adozione se, durante l'affidamento di cui agli artt. 2 ss. l. 184/1983, siano sorti «legami affettivi significativi» e «un rapporto stabile e duraturo consolidatosi» con il minore. Significatività del legame che viene salvaguardata anche dal comma 5-ter del medesimo art. 4, ai sensi del quale se l'affidamento familiare raggiunge il suo scopo di far ritornare il minore nella famiglia di origine o se egli è affidato a (o adottato da) un'altra famiglia, va assicurata la tutela «[del]la continuità delle positive relazioni socio affettive consolidatesi durante l'affidamento» se rispondente all'interesse del minore.

Nello stesso solco della salvaguardia della relazione affettiva esistente, si colloca l'art. 11, co. 1, l. n. 184/1983 che subordina la dichiarazione dello stato di adottabilità all'inesistenza di parenti entro il quarto grado del minore che abbiano con quest'ultimo «rapporti significativi»; stato di adottabilità precluso altresì qualora vi siano istanze di adozione in casi particolari. Istituto, quest'ultimo, volto a giuridicizzare la relazione affettiva stabile già in essere con il minore [cfr. art. 44 lett. a), b), d)].

Orbene se si coordinano queste disposizioni con il principio del preminente interesse del minore e con il diritto fondamentale all'identità personale, si delinea, come si accennava sopra, il diritto costituzionale del minore alla conservazione della relazione affettiva, di tipo genitoriale, consolidata in un



²⁶ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in Corr. giur., 2018, 4, p. 446 ss., con nota di G. FERRANDO, Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore; in Nuova giur. civ. comm. 2018, 4, p. 540 ss., con nota di A. GORGONI, Art. 263 c.c.; tra verità e conservazione dello status filiationis, e ivi con commento di U. SALANITRO, p. 552 ss., Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati. Cfr. anche O. CLARIZIA, Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: interesse del minore alla conservazione dello stato di figlio in seguito a violazione del divieto di surroga di maternità, in Foro nap. 2018, 1, c. 244 ss. Osserva la Consulta, nel fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 263 c.c., che la propria giurisprudenza ha «riconosciuto, da tempo, l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte alla rimozione delle azioni di stato». Analogamente, con riguardo all'azione di disconoscimento della paternità (e segnatamente dell'art. 244 ult. co., c.c.), cfr. Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in Fam. e dir., 2017, 10, p. 845 ss., con nota di M. N. BUGETTI, Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi.

²⁷ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 48 ss. F. Prosperi, *Presentazione*, in *La genesi della sentenza*, di P. Rescigno e S. Patti, Bologna, 2016, p. 20, afferma che «il compito del giurista non è quello di assicurare la coerenza formale del sistema, ma di intenderlo nel modo più idoneo a rispondere alle esigenze sociali, al fine di assicurare che la funzione per la quale il sistema è stato concepito e posto sia realizzata». Che il sistema sia funzionale alla realtà sociale, così da essere considerato quale esito e non presupposto dell'attività ermeneutica è chiarissimo in N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 11-43, in part. pp. 25, 31, 33, 42.

sistema aperto di diritti inviolabili (artt. 2 e 30 Cost.).

Rispetto a siffatto quadro normativo, appare coerente il tentativo ermeneutico di ampliare la nozione giuridica di genitore, legata non più esclusivamente alla generazione ma anche al legame fattuale di tipo genitoriale, come ha riconosciuto la giurisprudenza in più occasioni²⁸. Questo dato evolutivo è utilissimo per risolvere il problema della formalizzazione del rapporto affettivo stabile e continuativo con il minore, esistente solamente sul piano del fatto; di un fatto, certo, rilevante. Occorre allora individuare l'istituto che consenta di valorizzarlo.

E veniamo così alla seconda domanda sopra posta sugli effetti giuridici della rilevanza del legame familiare instaurato con il minore.

Se il quadro giuridico consente - come sembra a chi scrive - un'interpretazione costituzionalmente orientata del lemma genitore, si potrebbe ritenere che, in caso di crisi della coppia di fatto (o di coniugi) e della volontà arbitraria del genitore giuridico di precludere ogni rapporto tra il figlio e l'ex partner o coniuge separato o divorziato, il quale abbia assunto il ruolo di genitore di fatto, quest'ultimo sia legittimato a chiedere l'affidamento condiviso ai sensi dell'art. 337-ter co. 2, c.c. Una domanda, questa, funzionale ad attuare il diritto del figlio, previsto dal comma 1 del medesimo articolo, di «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore»²⁹ (causa petendi).

Questa soluzione, non lo si può negare, si espone all'obiezione secondo cui la responsabilità genitoriale e il suo esercizio congiunto da parte dei genito-

²⁸ Così Cass. 21 aprile 2016, n. 8037, in Fam. e dir. 2017, 4, p. 329 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto; in Danno e resp. 2017, 1, p. 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e delle unioni civili. Il problema riguardava la posizione giuridica del partner rispetto all'uccisione del figlio della propria compagna. Viene in rilievo la vita familiare del partner (art. 8 CEDU), atteso che in tale nozione rientra anche il rapporto tra il minore e il compagno del genitore. Se tale rapporto viene distrutto dall'uccisione del minore, colui che assume di essere stato il genitore sociale avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale qualora egli provi di aver «concretamente assunto il ruolo morale e materiale di genitore, ad esempio dimostrando di aver condiviso con la compagna le scelte educative nell'interesse della minore, ovvero di aver contribuito a fornirle i mezzi per il mantenimento della ragazza». Cfr. anche Corte d'App. di Napoli 4 luglio 2017, n. 165, in www.casszione.net., su un caso di un progetto di genitorialità condiviso tra due donne unite civilmente, di cui solo la gestante era legata biologi-

²⁹ Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in Fam. e dir. 2016, 1, p. 40 ss., con nota di A. ARDIZZONE, La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA. Nel caso di specie, due donne avevano realizzato all'estero il loro progetto di aver un figlio tramite la procreazione medicalmente assistita.

ri - quale perno dell'affidamento condiviso - postulano lo stato di figlio nei confronti di entrambi i genitori; ciò che manca nel rapporto tra il minore e il genitore sociale. Il giudice, perciò, non potrebbe attribuire al genitore sociale quel potere di rappresentanza e di amministrazione dei beni del minore proprio del genitore nei cui confronti è costituito lo stato di figlio; potere che, del resto, prima della crisi di coppia, non sussisteva affatto in capo al genitore di fatto. Saremmo in un campo di stretta pertinenza del legislatore³⁰.

Se così è si palesa una grave lacuna dell'ordinamento, che dovrebbe indurre il legislatore a intervenire senza indugio, stante l'importanza della conservazione della genitorialità sociale per lo sviluppo della personalità del minore. La genitorialità, anche quella sociale, del tutto scissa dall'esercizio della responsabilità, finisce per svuotarsi di contenuto, come dimostra il nuovo art. 337quater ult. co. c.c. che ha recuperato alla responsabilità genitoriale il genitore non affidatario.

Vero è che se intervenisse una legge sulla genisociale, l'ordinamento avanzerebbe senz'altro in quel cammino volto ad attuare quella «svolta culturale», propugnata da un'attenta studiosa³¹, consistente nel «fondamentale passaggio da una prospettiva protezionistica ad una promozionale» del minore.

5. (Segue) Sul dovere di mantenimento e sull'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore sociale.

In attesa della legge, deve ammettersi, come si accennava sopra, che se la genitorialità sociale si è costituita sulla base degli elementi quali la durata, la significatività e la stabilità del legame affettivo, nonché non ultima in ragione dell'assunzione dei doveri di cui all'art. 30 Cost., essa non è separabile da un certo grado di responsabilità genitoriale. Opinando diversamente, la genitorialità sociale verrebbe degradata a indistinto rapporto affettivo tra due persone, quando, invece, si tratta di un legame che,



³⁰ M. CINQUE, La famiglia si allarga ai «nonni sociali», in Dir. succ. fam., 2019, 1, p. 58 afferma che «il comma 1 dell'art. 337-ter, ... per i genitori contiene pure diritti-obblighi verso il figlio che non sembra possano essere dedotti in via interpretativa per il genitore sociale, ossia quelli a offrire «cura, educazione, istruzione e assistenza morale». L'Autrice ribadisce questa tesi a p. 60, ragionando sul rispetto della vita familiare, diritto quest'ultimo solitamente adoperato quando sono i terzi a ostacolare il rapporto affettivo; il che non consentirebbe di estendere al rapporto di fatto quelle disposizioni che contemplano diritti e obblighi che riguardano invece le parti.

³¹ R. PANE, Dalla protezione alla promozione del minore, cit., p. 103.

benché di fatto, reca con sé la sostanza di quello tra genitore biologico e figli.

Oltretutto occorre chiedersi se, a fronte di una filiazione di fatto già in essere, il genitore sociale abbia non solo il diritto ma anche il dovere di mantenere, educare ed istruire. Se diritto e dovere sono inscindibili nella genitorialità (art. 30 Cost.), egli non potrà interrompere ogni rapporto con il minore, adducendo di non essere il genitore giuridico. Non si può uscire *ad libitum* dalla filiazione di fatto, allo stesso modo in cui non si può eliminare lo stato di figlio incentrato sulla generazione.

In altri termini, se sussiste la filiazione, formalizzata nell'atto di nascita o emergente dai fatti, essa non può essere dismessa se non nei limiti di legge. Ora, poiché la filiazione di fatto ha la sostanza della filiazione di diritto, appare coerente l'applicazione analogica degli artt. 244, co. 4 e 263, co. 3, c.c., onde il genitore sociale non sarebbe legittimato a eliminare il proprio impegno genitoriale decorsi cinque anni da quando è stato volontariamente assunto.

Se è ragionevole e congruente con il sistema ritenere che il genitore di fatto sia, in quanto tale, obbligato a mantenere il figlio almeno dopo un certo tempo, dovrebbe ammettersi anche l'applicazione estensiva dell'art. 316-bis c.c., che pone la regola del concorso nel mantenimento da parte dei «genitori». Lemma, quest'ultimo, da interpretare ancora una volta in senso ampio. Di conseguenza, il genitore giuridico potrà chiedere, in caso di inadempimento da parte del genitore di fatto, la distrazione di una quota dei redditi di quest'ultimo da versare direttamente sul proprio conto corrente (art. 316-bis, co. 2, c.c.).

Insomma, se vi è una filiazione di fatto non la si può collocare su un piano giuridico troppo distante da quello della filiazione giuridica. Ecco perché si espone a qualche rilievo critico la soluzione cui è pervenuta la Corte costituzionale, secondo la quale sarebbe applicabile non già l'art. 337-ter c.c. (riguardante, a dire della Consulta, «soggetti comunque legati al minore da un vincolo parentale»³²), bensì l'art. 333 c.c. Quest'articolo fa sì che il giudice, attraverso i «provvedimenti convenienti», possa

disporre la conservazione della relazione significativa che il minore abbia instaurato con «soggetti che non siano parenti»³³.

Ma è riduttivo affermare che, nel caso di specie, venga in rilievo semplicemente una relazione con un soggetto che non sia parente; si tratta piuttosto di un rapporto che ha i tratti sostanziali di quello genitoriale. Perciò la tutela non è effettiva rispetto a un provvedimento del giudice che, in caso di contrasto tra genitore giuridico e sociale, si limiti a stabilire qualche incontro mensile/settimanale tra il genitore sociale e il minore. La genitorialità sociale va apprezzata a tutto tondo, legandola alla titolarità e all'esercizio della responsabilità genitoriale³⁴. Ciò quanto meno nell'ipotesi in cui il genitore sociale sia il secondo genitore, mancando l'altro genitore genetico (deceduto o decaduto dalla responsabilità genitoriale)³⁵. Diversamente, qualora vi sia il secondo genitore giuridico, quello sociale sarebbe il terzo genitore; nondimeno anche in tal caso si porrebbe il problema dell'attribuzione e della regolazione dell'esercizio della responsabilità per il genitore sociale.

Non è un caso che nell'ordinamento francese in cui vi è l'istituto della délegation de l'autorité parentale, la giurisprudenza abbia esteso la délégation partage, istituto che prevede la condivisione graduabile di poteri tra il genitore di fatto e i genitori giuridici, all'ipotesi della crisi della coppia genitore biologico-genitore sociale. Ai sensi dell'art. 377-1 code civil, il juge aux affaires familiales può prevedere la condivisione, in tutto o in parte, dell'esercizio dell'autorité parentale con un terzo delegatario.

L'istituto in parola - ha osservato la dottrina francese - si è dimostrato particolarmente versatile

³⁵ M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, *op. loc. ult. cit.*, distingue il caso di genitore sociale-secondo genitore da quello di genitore sociale-terzo genitore presente nella famiglia ricomposta. Il problema della regolamentazione della genitorialità sociale è più ampio e attiene anzitutto alla fase della fisiologia dei rapporti tra i genitori (due o tre che siano). G. COLLURA, *«Le famiglie degli affetti» e le nuove genitorialità*, cit., p. 41, parla di «genitori aggiuntivi», il cui *status* deve essere disciplinato dal legislatore.



³² Così Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.* 2016, I, c. 3329 ss., con nota di G. Casaburi; in *Corr. giur.* 2017, 2, p. 175 ss., con nota di G. De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Fam. e d.* 2017, 4, p. 305 ss., con nota di F. Tommaseo, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*. La Consulta, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337*ter* c.c., nella parte in cui non consente al genitore di fatto di far valere il diritto del figlio del proprio ex partner di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con sé medesimo, conferma la rilevanza dei rapporti significativi tra il minore e le figure non parentali come quella del genitore di fatto.

³³ Corte cost., 20 ottobre 2016, cit.

³⁴ Si aggiunga che applicando l'art. 333 c.c., in luogo dell'art. 337-ter c.c. il genitore sociale cui venga precluso ogni rapporto con il figlio dell'ex partner è, ai sensi dell'art. 336 c.c., privo della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di cui all'art. 333 c.c., potendo soltanto sollecitare - come ha riconosciuto la Corte cost. nella citata sentenza n. 225/2016 - l'attenzione del p.m. all'esercizio dell'azione, a tutela del diritto del minore di conservare il rapporto con il genitore sociale. Tuttavia, per quanto sostenuto *supra* testo, «l'altro genitore», cui fa menzione l'art. 336 c.c., potrebbe essere inteso in un'accezione più ampia, comprendente anche quello sociale.

per dare rilievo alla figura del genitore sociale, anche omosessuale, in diverse fattispecie³⁶.

L'ordinamento italiano, invece, a fronte della mancanza di una normativa specifica, fatica a trovare soluzioni soddisfacenti.

È di particolare interesse una pronuncia del Tribunale di Como, con la quale viene confermato l'affidamento della minore al Servizio sociale, con collocazione prevalente della stessa presso il padre sociale. Un padre non biologico perché egli, prima della riassunzione del procedimento di separazione personale, era risultato soccombente nel giudizio di disconoscimento della paternità promosso dalla moglie. Il tribunale, tuttavia, stante l'inidoneità genitoriale della madre e considerato il buon rapporto della minore con il padre sociale, ha valorizzato la pregressa relazione, riducendo al minimo gli incontri con la madre giuridica (psichicamente instabile).

È significativo che il Tribunale di Como abbia posto a carico del padre sociale il mantenimento diretto della figlia (di fatto) e il 50 % delle spese straordinarie. È vero che in questo caso l'affidamento non è stato disposto a favore del padre non biologico bensì del Servizio sociale; tuttavia se è stato posto a carico del padre sociale il mantenimento diretto e la metà dell'importo delle spese straordinarie, non sembra preclusa la strada dell'affidamento condiviso con il medesimo soggetto.

Fin qui la giurisprudenza non si è ancora spinta, sebbene i margini interpretativi, pur stretti, appaiano esserci.

Vita familiare e nozione ampia di ascendente.

È indubbio che la personalità e l'equilibrio psico-fisico del minore si costruiscano attraverso il rapporto non solo con i genitori, ma anche con i

³⁶ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, LGDDG, 2018, p. 480, afferma che la délégation volontarire «trouve une application contemporaine dans le cas de couples homosexuels: s'il est refusé quel es enfants de l'un soient adoptés par l'autre, la jurisprudence récente admet qu'une délégation à cet autre permette au couple d'élever ensemble ces enfants». Cfr. anche: A. GOUTTENOIRE-CORNUT-P. MURAT, L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant, in Droit de la famille, 2003, 1, p. 4 ss.; L. HAUSER, Détournements de délégation : à quoi bon légiférer, in Revue trimestrielle de droit civil, avril 2006, 1, p. 297 ss.; P. MURAT, La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale: bref regard critique sur la diversité des situations, in Droit de la famille, juillet 2006, 7, p. 11 ss.; L. DELPRAT, L'autorité parentale, Stdyrama, 2006, 150 ss. Per una sintesi dell'istituto della délegation de l'autorité parentale cfr. Sub art. 377, in Code civil annoté, Dalloz, 2017, p. 611 ss.

nonni di entrambi i rami genitoriali³⁷. Una verità, questa, fatta propria dal legislatore, anzitutto attraverso la previsione di cui all'art. 337-*ter*, co. 1, c.c., secondo la quale, in caso di crisi tra i genitori coniugati o conviventi di fatto, il figlio minore ha diritto «di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» (cfr. anche art. 315-*bis* co. 2 c.c.).

Più di recente, con la riforma 2012/2013 della filiazione, è stato introdotto all'art. 317-bis, co. 1, c.c. il diritto degli ascendenti «di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni». Con tale ultima disposizione non si è determinato, come potrebbe sembrare, un capovolgimento della gerarchia delle posizioni: dal minore ai nonni. L'attribuzione agli ascendenti del diritto di non perdere il rapporto con i nipoti è funzionale a garantire a questi ultimi una più efficace attuazione del diritto di continuare a frequentare i nonni. Ciò è suffragato dal secondo comma dell'art. 317-bis c.c., in cui si stabilisce che, a fronte di un impedimento posto dai genitori all'esercizio del diritto dei nonni, il giudice decide «nell'esclusivo interesse del minore». Rimane intatta, quindi, la preminenza della posizione del minore rispetto all'esigenza dei nonni³⁸, pure considerata dal legislatore, di non vedersi preclusa, arbitrariamente, la frequentazione con i nipoti.

Anche qui si ripropone il problema di una normativa che, presa a sé, utilizza la parola «ascendente» senza considerare la situazione in cui il rapporto sia in essere con un nonno/nonna di fatto. L'ascendente contemplato dal codice civile è il parente del minore, che è tale solo se vi sia discendenza da uno stesso stipite (art. 74 c.c.). Eppure è oramai chiaro che la pluralità delle strutture familiari contempli anche la situazione in cui la coniuge o la convivente del nonno, pur non componendo la linea ascendente del minorenne, si comporti nei confronti di questi ultimo come una vera e propria nonna di fatto.

Ora, nel caso dell'ascendente di fatto, se a seguito della crisi tra i genitori, questi impediscano ogni frequentazione dei figli con il nonno/nonna di fatto, ci si trova, a primo acchito, di fronte a una lacuna



³⁷ M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, p. 155 ss.; M. CINQUE, *La famiglia si allarga ai «nonni sociali»*, cit., p. 49 ss. Per un discorso più ampio, finemente condotto, sulla rilevanza dell'affettività cfr. P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in *La famiglia all'imperfetto?*, a cura di A. Busacca, Napoli, 2016, p. 262 ss.

³⁸ Nell'ambito di una sempre maggiore rilevanza della volontà del minore nelle questioni che lo riguardano (art. 315-bis, co. 2, c.c.), il giudice deve dare coerente seguito alla volontà consapevolmente espressa dai nipoti di non frequentare i nonni. Nel caso di netta e coerente opposizione dei nipoti, il diritto dei nonni di cui all'art. 315-bis, co. 1, c.c. non trova attuazione.

legislativa, dalla quale trarre la seguente conclusione. Il nonno/nonna di fatto, non essendo ascendente in senso tecnico, non avrebbe legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 317-bis, co. 2, c.c.

Ma è evidente, già per quanto detto fin qui, che siffatta conclusione non sia da accogliere. L'interpretazione della Corte EDU del sintagma vita familiare di cui all'art. 8 Cedu e gli indici normativi sopra indicati, espressivi della rilevanza dei rapporti stabili di tipo familiare vissuti dal minore, svalutano l'argomento formalista secondo cui ascendente è soltanto il parente.

Se è oramai indiscussa la rilevanza giuridica della genitorialità sociale, parimenti deve valere per l'ascendente di fatto. Le due situazioni condividono l'esistenza di un rapporto affettivo stabile, duraturo e di fiducia che, essendo di assoluto rilievo per la vita del minore, deve essere tutelato da un ordinamento come il nostro incentrato sul primato della persona e sulla promozione dello sviluppo della personalità del singolo individuo (art. 3, co. 2, Cost.)³⁹.

La Cassazione, cui va il merito di aver colto ed esteso la linea evolutiva dei rapporti familiari di fatto, ha coerentemente affermato che l'art. 317-bis c.c. deve essere interpretato sistematicamente, alla luce della Costituzione (artt. 2 e 30) e delle disposizioni del diritto europeo (art. 24 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE) e internazionale (art. 8 Cedu), che formano il quadro normativo multilivello di riferimento (art. 117 Cost.)⁴⁰.

Si deve prendere atto, ad avviso di chi scrive, della pervasività della nozione europea di vita familiare, la cui esistenza o meno è «essenzialmente una questione di fatto che dipende dalla sussistenza di legami personali stretti tra i soggetti che appartengono ad un certo nucleo familiare»⁴¹. L'ampiezza di

³⁹ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, in *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 140 ss.

questa nozione comporta che la rilevanza giuridica dei legami familiari sia una prerogativa non soltanto del genitore di fatto, ma anche dell'ascendente di fatto.

Il dato giuridico sostanziale, consolidato nel diritto interno ed europeo, è sintetizzabile con l'espressione "famiglia oltre il coniugio e la parentela". Perciò ogni Stato è tenuto ad assicurare il rispetto effettivo della vita familiare, attraverso l'osservanza non soltanto degli obblighi negativi di non ingerenza arbitraria, ma anche degli obblighi positivi (art. 8 Cedu). I quali vincolano gli Stati ad adottare misure concrete volte a garantire una tutela effettiva - reale e non formale - del diritto al rispetto della vita familiare.

La teoria degli obblighi positivi, enucleata dalla Corte Edu⁴², ha rappresentato un efficace strumento ermeneutico con cui si è garantita una maggiore protezione dei diritti fondamentali⁴³. In forza di tali

Corte Edu 26 maggio 2014, *Labassee c. France*, ric. n. 65941/11; Corte Edu 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/2012; Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, tutte in *www.echr.coe.int*.

⁴² Corte Edu, caso S.H. v. Italy, 13 ottobre 2015, ric. n. 52557/14; Corte Edu, caso Akinnibosun c. Italia, 16 luglio 2015, ric. n. 9056; Corte Edu, caso Zhou c. Italia, 21 gennaio 2014, ric. n. 33773/11, tutte in www.echr.coe.int di condanna dell'Italia. Queste pronunce enucleano due principi dall'art. 8 Cedu: 1) gli Stati devono favorire il rispetto dei legami affettivi stabili che riguardano il minore (ad es: con gli affidatari); 2) le misure volte a rompere i legami con la propria famiglia di origine si applicano in casi eccezionali [di extrema ratio, come accade se vi è particolare indegnità dei genitori (violenza, maltrattamento fisico o psichico, abusi sessuali)] o se vi è un'esigenza primaria attinente all'interesse superiore del minore. L'eccezionalità pone in primo piano gli obblighi positivi: «l'art. 8 implica il diritto di un genitore di ottenere misure idonee a riunirlo al figlio e l'obbligo per le autorità nazionali di adottarle» (S.H. v. Italia, § 42). E l'adeguatezza della misura si valuta tenendo conto del grado di impegno dello Stato nel favorire una tale riunione, della rapidità nell'attuazione della misura e della volontà consapevole del minore (si pensi al rifiuto dei figli di vedere in genitori). Nel caso del genitore vulnerabile in cui le autorità devono dare prova di un'attenzione particolare, [assicurando] loro una «maggiore tutela» cfr. Corte Edu, caso Todorova c. Italia, 3 gennaio 2009, ric. n. 33932/06, in www.echr.coe.int, in cui si riconduce all'art. 8 Cedu anche la «vita familiare in progetto» (come nel caso in cui la madre inizialmente dichiara di non voler essere nominata nell'atto di nascita, successivamente mostra segni di pentimento, ma il trib. per i minorenni non le consente comunque di interloquire nel procedimento).

43 Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit., coglie un altro pro-

⁴³ Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit., coglie un altro profilo che ha una valenza ermeneutica significativa: se uno Stato interviene con un provvedimento legislativo o giudiziario sulla vita familiare, questo deve garantire «un giusto equilibrio tra gli interessi concomitanti dell'individuo e della società nel suo insieme, tenendo conto in ogni caso che l'interesse superiore del minore deve costituire la considerazione determinante» del provvedimento stesso. In altri termini, quando l'intervento statuale sulla famiglia coinvolge il minore, la correttezza dell'equilibrio è influenzata dal fattore di diritto positivo del



⁴⁰ Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit. respinge con forza la conclusione del giudice d'appello, secondo cui l'appellante, non essendo nonna biologica delle due gemelline, non è legittimata ad agire in giudizio per far valere il diritto che l'art. 317-bis, comma 1, c.c. attribuisce agli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i minorenni. Afferma la Corte d'appello che «non può essere condiviso, dovendo la norma succitata essere interpretata sistematicamente, alla luce delle disposizioni costituzionali (artt. 2 e 30 Cost.), europee (art. 24 Carta di Nizza) ed internazionali (art. 8 Cedu), che formano il nuovo quadro normativo di riferimento multilivello (art. 117 Cost.), dal quale non si può prescindere nell'interpretazione della legge ordinaria nazionale».

⁴¹ Così Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit., sulla scorta di molte pronunce della Corte EDU, tra le quali sono da richiamare almeno le seguenti: Corte Edu, caso *Marckx v. Begium*, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/78; Corte Edu, caso *Mikulic v. Croazia*, 7 febbraio 2002, ric. n. 53176/99; Corte Edu 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n.16318/2007; Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. France*, ric. n. 65192/11;

obblighi, lo Stato non deve limitarsi a non ingerirsi arbitrariamente nella vita familiare latamente intesa, ma deve assicurare l'attuazione dei diritti previsti dalla Convenzione, qualora questi siano minacciati, adottando strumenti giuridici adeguati e sufficienti allo scopo. Da questo punto di vista si giustifica ancor di più l'interpretazione estensiva della nozione di ascendente, compiuta in funzione attuativa proprio del diritto fondamentale del minore alla conservazione della relazione familiare stabile con il nonno/nonna di fatto (art. 8 Cedu)⁴⁴.

Deve ammettersi allora che il nonno sociale, in quanto titolare del diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni⁴⁵ - un diritto strettamente intrecciato con quello speculare del minore - possa adire il tribunale per i minorenni affinché vengano adottati i provvedimenti più idonei qualora gli venga impedita la frequentazione dei nipoti di fatto (art. 38, co. 1, disp. att. c.c.).

Siamo, come direbbe Paolo Grossi, in piena invenzione del diritto nel senso latino di *invenire* (trovare la regola e non crearla autonomamente)⁴⁶, lad-

superiore interesse del minore. Su ciò si tornerà più avanti nell'esaminare la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 2019 sulla surroga biologica di maternità praticata all'estero.

⁴⁴ Corte Edu, caso *Akinnibosun c. Italia*, cit. afferma al § 60 che «laddove è accertata l'esistenza di un legame famigliare, lo Stato deve in linea di principio agire in modo tale da permettere a tale legame di svilupparsi». In questo caso l'Italia viene condannata al risarcimento del danno morale al ricorrente, poiché le autorità hanno omesso di attivare misure volte al recupero del rapporto tra padre e figlia, rapporto interrotto da una ingiusta detenzione del primo.

⁴⁵ La prova della significatività del rapporto è a carico del nonno/nonna sociale. Secondo la Cass. ord. 25 luglio 2018, n.
19780, cit., utili a provare l'importanza della relazione e la frequentazione abituale con in nonni sono le seguenti circostanze:
la presenza di una cameretta piena di giochi nella casa dei nonni, appositamente preparata per le nipoti, l'esistenza di foto con
i nonni, la disponibilità acclarata dei genitori a favorire la frequentazione con i nonni, pur subordinata alla loro presenza.
Quest'ultimo elemento, secondo la Cass., va valutato quale «atteggiamento certamente significativo di un riconoscimento
dell'esistenza di un interesse affettivo reciproco tra la coppia di
anziani e le due bambine».

⁴⁶ Sul questo punto il pensiero di illustri Maestri sembra per lo più convergere. P. GROSSI, Ritorno al diritto, Roma-Bari, 2015, p. 84-85; ID., Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli, Bologna, 2018, pp. 90-91, 104-105. P. Perlingieri, «Principi generali» e «interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti, in Rass. dir. civ., 2019, 1, p. 111, sottolinea l'osmosi tra la fattispecie concreta, di cui vanno ritrovati «i lineamenti rilevanti», e la norma colta nella sua attualità nel quadro dei valori connotanti l'ordinamento. Fatto e valutazione si influenzano a vicenda al fine di giungere al trattamento giuridico più adeguato. Afferma a pag. 111 Perlingieri, riprendendo Betti: «non si può non sottolineare che l'elemento "valutativo e assiologico è immanente alla norma stessa da interpretare" ma pur sempre dipendente dalla "specificazione e applicazione che deve farsene". Si tratta, quindi, non di "creazione autonoma, originaria e libera, ma di un ricercare subordidove, sebbene le parole delle disposizioni di legge restino le stesse, ne muta profondamente il significato sotto la pressione dei fatti, delle nuove leggi e dell'ambiente socio-culturale in cui opera il giurista⁴⁷. Fatti i quali vanno ricondotti al sistema delle fonti e ai valori fondanti la società, anch'essi colti nel loro divenire e oggetto di valutazione, giammai cedendo, come ammonisce la dottrina, ad una esaltazione del «mero (o nudo) fatto» che finisca per scambiare l'essere con il dover essere⁴⁸.

Seguendo quest'impostazione metodologia, c'è spazio per intendere la famiglia - quella in cui il minore ha il diritto fondamentale di crescere (art. 315-bis, co. 2, c.c. e l'art. 1, co. 1, l. n. 184/1983) - in un'accezione più ampia rispetto a quella di famiglia originaria e genetica⁴⁹, il che apre alla rilevanza degli ascendenti sociali, i quali non siano legati biolo-

nato, derivato, vincolato ad una oggettività (alterità) irriducibile". In tale attività argomentativa i principi generali del diritto sono ad un tempo limite alla discrezionalità e forza virtuale di espansione "non meramente logica ma assiologica"». Analogamente a pag. 112 si discorre di una «discrezionalità vincolata alla peculiarità dei fatti e ai fondamenti normativi addotti nell'argomentazione che ne motiva il trattamento» (pag. 112). È chiaro - e lo sottolinea fin dal titolo G. BENEDETTI, Oggettività esistenziale dell'interpretazione, Torino 2014, 251 ss., anch'Egli fine studioso di Betti - che l'espansione dell'ordinamento dipende dalla sensibilità del giurista nei confronti della «forza di espansione assiologica» dei principi e delle esigenze sociali. L'interprete sta dentro il circolo ermeneutico e la sua soggettività esistenziale, condizione di possibilità del comprendere, è guidata e orientata dalla metodica con i suoi statuti epistemologici. L'interprete individua il testo (che è già per lui un limite) che ha legami col caso concreto e se ne coglie il senso nel divenire della storia mediante gli statuti epistemologici della scienza giuridica (p. 261).

⁴⁷ P. PERLINGIERI, «Principi generali» e «interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti, cit., p. 115, insiste efficacemente su questo punto, da cui consegue che «diventa inevitabile intendere la legge nell' "orizzonte dell'attualità" e impossibile – come [Betti] ci insegna – interpretarla senza integrarla, adattarla, adeguarla».

⁴⁸ G. VETTORI, Giuseppe Benedetti Maestro di ragione e verità, in Persona e mercato, 2019, 2, p. 46. F. PROSPERI, Presentazione, in La genesi della sentenza, cit., p. 20, rileva come anche il fatto sia oggetto di una valutazione giudiziale volta ad attribuirgli un significato e un valore sulla base delle categorie di significato e di valore. Anche S. PATTI, La «costruzione» del fatto nel processo, in La genesi della sentenza, cit., p. 35, 37, 43, 47, pone l'attenzione sull'accertamento e sulla costruzione del fatto, il quale, non essendo una componente separata dal diritto, da quest'ultimo è influenzato sotto molteplici profili soprattutto probatori nell'attribuzione di senso.

⁴⁹ M. PARADISO, Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei

⁴⁹ M. PARADISO, Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari, in Dir. succ. fam., 2019, 1, pp. 178 ss., nel ragionare sui due assi portanti della famiglia, la libertà e la responsabilità, declinati diversamente nel matrimonio, nella convivenza di fatto e nella filiazione, invita, nell'attività di bilanciamento flessibile occorrente nelle nuove fattispecie, ad «affidarsi alle scelte che emergono dall'assetto complessivo del sistema, dai diversi formanti normativi – legislativi e fattuali – che oggi concorrono a disciplinare la materia dei rapporti familiari».



gicamente ai genitori del nipote di fatto⁵⁰. Ciò ha una valenza di primissimo piano non solo per la soluzione delle questioni esaminate, ma anche di quelle che promanano dalla surroga biologica di maternità praticata all'estero, di cui si tratterà nei prossimi paragrafi.

Non prima di aver sottolineato come la natura fondamentale dei diritti abbia inciso anche sulla ricostruzione e sull'ammissibilità dei mezzi di impugnazione. In questo ambito non solo va calibrata la modificabilità/revocabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione, ma va garantito il ricorso il Cassazione. È da condividere l'orientamento della Suprema Corte che si va affermando⁵¹, secondo cui i provvedimenti di cui all'art. 317-bis c.c., cui si applica per espressa disposizione del comma 2 il procedimento camerale di cui all'art. 336, co. 2 c.c., sono modificabili o revocabili ai sensi dell'art. 742 c.p.c. soltanto limitatamente «alla valutazione dei soli vizi di merito o di legittimità sopravvenuti, con esclusione di una nuova valutazione di circostanze o fatti preesistenti»⁵². In tal modo si ottiene, da un lato, una maggiore stabilità dei diritti fondamentali coinvolti, all'altro, si garantisce più efficacemente la certezza nei rapporti familiari.

Queste stesse *rationes*, continua l'orientamento in esame⁵³, sono alla base dell'ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost. Ricorso possibile decorsi i termini per il reclamo di cui all'art. 739 c.p.c., momento in cui i provvedimenti in tema di filiazione acquistano definitività sia pur come giudicato *rebus sic stantibus*.

7. Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato da surroga di maternità all'estero: due cardini della motivazione. Il diritto fondamentale del minore di crescere in famiglia e di conservare lo stato di figlio al di là del legame di parentela rischia di non essere adeguatamente tutelato nel caso della surroga biologica di maternità praticata all'estero. Ciò soprattutto quando non risulta esservi un legame genetico tra il nato e uno o entrambi i cosiddetti genitori committenti. In tal caso il principio del preminente interesse del minore deve confrontarsi con l'ordine pubblico internazionale, posto che l'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 commina, come si ricordava sopra, una sanzione penale a carico di chi «realizza, organizza, pubblicizza (...) la surrogazione di maternità».

Nello specifico il problema si compendia come segue: stabilire se un provvedimento straniero che attribuisca la genitorialità a due soggetti non legati biologicamente al nato (o dei quali solo uno lo sia) sia trascrivibile in Italia. La questione è di massima importanza; c'è un precedente di merito in cui la trascrivibilità è stata ammessa⁵⁴ e vi sono provvedimenti giudiziali che hanno ordinato la trascrivibilità di atti di nascita (non da surroga) da cui risultavano due genitori dello stesso sesso⁵⁵.

Opportunamente una pronuncia della Cassazione ha sollecitato, tramite la rimessione delle cause al Primo Presidente⁵⁶, l'intervento delle Sezioni Unite.

⁵⁶ Cass. 22 febbraio 2018, n. 4382, in Corr. giur. 2018, 10, p. 1204 ss., con nota di I. BARONE, La trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero da una coppia same sex tra legalità costituzionale e ordine pubblico internazionale, ha ritenuto che Sezioni unite avrebbero dovuto stabilire se la nozione di ordine



⁵⁰ M. CINQUE, *La famiglia si allarga ai «nonni sociali»*, cit., p. 63-64, coglie bene questa linea evolutiva del sintagma «vita familiare», ipotizzando due casi di ascendenza di fatto: 1) i genitori del genitore sociale che si comporano come nonni; 2) due anziani, senza nipoti né figli, che aiutano una coppia di vicini assumendo nella sostanza il ruolo di nonni della loro figlia.

⁵¹ Quanto ai provvedimenti *de potestate*, ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale, era già stata affermata la loro attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*: Cass., 29 gennaio 2016, n. 1743, Cass., 29 gennaio 2016, n. 1746, entrambe in *Fam. e dir.*, 2016, 12, p. 1135, con nota di E. RAVOT, *Responsabilità genitoriale e provvedimenti* de potestate; Cass., 21 novembre 2016, n. 23633, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, p. 225 ss., con nota di R. DONZELLI, *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi della responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*. Con specifico riguardo ai provvedimenti ex art. 317-bis, co. 2, c.c. cfr. Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit.

⁵² Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit.

⁵³ Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit.

⁵⁴ Corte d'App. Trento, 23 febbraio 2107, in <u>www.ilcaso.it</u> e già Trib. Napoli, decr .1° luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 2695. Contra Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in Nuova giu. civ. comm. 2015, 3, p. 1235 ss., con nota di C. Benanti, La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore, in Corr. giur. 2015, 4, p. 471 ss., con nota di A. Renda, La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore, in Foro it. 2014, I, c. 3414 ss., con nota di G. Casaburi, Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata.

⁵⁵ Quanto a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in Corr. giur. 2017, 2, p. 181 ss., con nota di G. FERRANDO, Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis; in Nuova giur. civ. comm. 2017, 3, p. 362 ss., con nota di G. PALMERI, Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex, si trattava di due donne ammesse in Spagna alla procreazione medicalmente assistita. Il nato era legato biologicamente ad entrambe le donne, avendo l'una partorito, l'altra fornito gli ovuli. Cfr. anche Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in Fam. e dir. 2018, 1, p. 5 ss., con nota di F. Longo, Le "due madri" e il rapporto biologico, in Nuova giur. civ. comm. 2107, 12, p. 1708 ss., con commento di G. PALMERI, (Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex. In questo caso, sebbene una delle due donne non fosse legata biologicamente al nato, il parto era avvenuto nell'ambito della coppia che condivideva il progetto di genitorialità.

Le quali hanno, di recente, emesso una sentenza negativa⁵⁷, corredata da un'articolata motivazione, incentrata su un'attenta lettura della giurisprudenza di legittimità e costituzionale. Una sentenza che si espone, tuttavia, a qualche rilievo critico da sviluppare nei prossimi paragrafi, non prima di avere ri-

Due sono i cardini su cui poggia il *decisum*: 1) la nozione di ordine pubblico internazionale; 2) la corretta lettura della giurisprudenza di legittimità e costituzionale rispetto alle specificità del caso concreto. Il caso riguardava due uomini sposati tra loro di cui uno soltanto legato biologicamente al nato, partorito da una madre surrogata per spirito di solidarietà. Quest'ultima si era limitata a offrire il proprio ventre, essendo gli ovuli di provenienza donativa da una terza donna (c.d. surroga biologica portante).

Sul primo cardine della motivazione si può richiamare quanto segue con una premessa. Com'è noto un provvedimento straniero trova applicazione in Italia soltanto se i suoi effetti non sono contrari all'ordine pubblico (artt. 16 e 65 l. n. 218/1995 e art. 18 d.P.R. n. 396/2000). Ed è proprio su quest'ultima nozione che le Sezioni Unite si soffermano, integrando il più recente approdo giurisprudenziale della Cassazione.

Nella pronuncia della Sezioni unite si muove dalla constatazione che si è passati da una nozione ampia a un'altra più ristretta di ordine pubblico internazionale. Viene richiamata una nota sentenza del 2016 della Cassazione⁵⁸, secondo la quale l'ordine pubblico internazionale non coincide *sic et simpliciter* con le norme imperative di diritto interno; esso è costituito e alimentato da quelle disposizioni che prevedono diritti e principi fondamentali contenuti nella Costituzione, nei Trattati fondativi, nella Carta dei Diritti Fondamentali e nella Cedu.

La sentenza del 2016, con precedenti conformi⁵⁹, ha ampliato la recettività del nostro ordinamento ri-

pubblico internazionale comprendesse non solo i principi supremi della Carta costituzionale, ma anche quelle disposizioni costituenti esercizio della discrezionalità legislativa. Il caso riguardava la legittimità del riconoscimento in Italia di una pronuncia della *Superior Court of Justice* dell'Ontario (Canada), che aveva ordinato l'integrazione dell'atto di nascita con l'indicazione, come secondo genitore, del coniuge dell'altro genitore (coppia dello stesso sesso) non legato biologicamente al nato. spetto al diritto di altri Paesi, conformemente a quell'apertura al diritto alieno espressa dagli artt. 10, 11 e 117, co. 1, della Costituzione. Tale ampliamento è stato successivamente confermato - ne danno atto le Sezioni Unite *de quibus* - da una sentenza della Cassazione sempre a Sezioni Unite sui danni punitivi⁶⁰. La quale, da un lato, ha ribadito che l'ordine pubblico internazionale è il portato normativo delle fonti apicali dell'ordinamento interno ed europeo, dall'altro, ha aggiunto il riferimento a «quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituziona-le»⁶¹.

Non è perciò la norma imperativa di per sé a comporre il tessuto dell'ordine pubblico internazionale; lo compongono piuttosto la Costituzione e le leggi attuative di essa. Di tal ché queste fonti costituiscono il parametro di riferimento giudiziale per valutare la compatibilità della normativa straniera con l'ordine pubblico⁶². Onde quest'ultimo svolge in definitiva la funzione non solo di limite alla riconoscibilità dei provvedimenti stranieri, ma anche di garanzia di libertà della persona nei confronti dello Stato di ingresso.

Questo nuovo orientamento, come si accennava sopra, è stato confermato e integrato dalle Sezioni unite del 2019, attraverso la sottolineatura del ruolo fondamentale ricoperto dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità nell'attuare i valori costituzionali che possono essere stati inverati nella legge ordinaria. L'interpretazione giurisprudenziale delle fonti apicali e di quelle subordinate attuative dei valori supremi dell'ordinamento è, dunque, una

DE FEIS, Contrarietà all'ordine pubblico del divieto islamico di riconoscere figli naturali.



⁵⁷ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁵⁸ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

⁵⁹ Cass., 21 gennaio 2013, n. 1302 (rapporto di lavoro), Cass., 22 agosto, 2013, n. 19405 (risarcibilità dei danni parentali), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, p. 139 ss., con nota di M. MAZZOLA, *Danno morale da lesione del rapporto parentale e ordine pubblico internazionale (obliando il principio iura novit curia)*; Cass., 4 maggio 2007, n. 10215 (rapporto di lavoro), in *Riv. dir. internaz., priv. e proc.*, 2008, 1, p. 214, ss. e Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592 (riconoscimento del figlio adulterino), in *Fam. e dir.*, 2007, 12, p. 1113, con nota di F. TOMMASEO-E.

⁶⁰ Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in Giur. it, 2017, 8-9, p. 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva; in Foro. it. 2018, I, c. 2504 ss., con nota di C. SALVI, Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi; e ivi 2017, I, c. 2630, con nota di PALMIERI - PARDOLESI, I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile; in Danno e resp. 2017, 4, p. 419 ss., con note di P. G. MONATERI, Le Sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile, G. CORSI, Le Sezioni unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages, G. PONZANELLI, Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato e di M. LA TORRE, Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi". Cfr. più di recente M. TESCARO, L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata, in corso di pubblicazione in Nuovo dir.

⁶¹ Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

⁶² Per un'accurata ricostruzione dei diversi orientamenti succedutisi sull'ordine pubblico internazionale e sulle sue applicazioni di quest'ultimo cfr. l'ampio saggio di V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir.civ.*, 2018, 2, p. 403 ss.

componente essenziale dell'ordine pubblico internazionale ove costituisca diritto vivente.

Su questa prima parte della motivazione si innesta il secondo cardine della sentenza *de qua*, con cui si è inteso valorizzare, al fine di negare la trascrivibilità dell'atto straniero, proprio il diritto vivente formatosi in tema di surroga di maternità. Secondo le Sezioni Unite, l'esame della pregressa giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale induce a formulare due conclusioni.

La prima: nei casi in cui è stato riconosciuto il provvedimento straniero, anche in mancanza del legame genetico con uno dei due genitori⁶³, non si è mai trattato di una surroga di maternità. La seconda: la surroga di maternità è sempre stata stigmatizzata sia dalla Cassazione che dalla Corte costituzionale quale pratica contraria ai valori fondamentali dell'ordinamento. Il divieto di surroga e la sanzione penale che lo presidia tutelano, da un lato, la dignità umana della gestante, proteggendola dallo sfruttamento economico e dalla condizione psicologica insostenibile di non vivere liberamente il legame affettivo che si crea durante la gravidanza, dall'altro, il nato, scongiurando gli effetti negativi di una scissione innaturale tra gestazione e maternità non governata dalla legge, come, invece, nella fattispecie dell'adozione. La sanzione penale tutela dunque la donna e il nato.

Le Sezioni Unite insistono sulla posizione giuridica del nato attraverso la sottolineatura di un dato connotante il sistema della filiazione: prescindere dal legame genetico con i genitori esige di passare attraverso la garanzia del procedimento di adozione; l'unico procedimento, questo, che consentirebbe «la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici col nato»⁶⁴. Il divieto di surroga puntella, perciò, nella interpretazione delle Sezioni Unite, l'equilibrio normativo tra la libertà di avere figli, delimitata dalla legge n. 40/2004 e il fondamento genetico della filiazione⁶⁵. Un equilibrio scelto dal legislatore e avallato da due pronunce della Corte costituzionale, riprese in alcuni passaggi dalle Sezioni Unite.

Nella prima, sulla procreazione eterologa⁶⁶, la Consulta ha constatato che «il dato della provenien-

za genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia», sebbene il diritto di procreare non sia senza limiti; uno dei quali è dato proprio dal divieto della surroga di maternità.

Nella seconda, sull'art. 263 c.c. ⁶⁷, la Corte costituzionale, dopo aver affermato che spetta al giudice bilanciare il principio del *favor veritatis* con l'interesse concreto del minore alla conservazione del proprio stato di figlio, ha rilevato come, talvolta, tale bilanciamento sia stato effettuato dal legislatore. Di certo, continua la Corte, un esempio di bilanciamento legislativo è dato proprio dal divieto di surroga di maternità, dove si imporrebbe per legge la verità biologica, essendo il divieto *de quo* «correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

La trama ricostruttiva del sistema, intessuta dalle Sezioni Uniti, è chiara: l'interesse superiore del minore esige sì un bilanciamento giudiziale tra *favor veritatis* e diritto alla stabilità del rapporto di filiazione (art. 24, co. 2, Carta dei Diritti UE), ma tale *favor* talvolta è fissato nei suoi termini disciplinari specifici dalla legge in funzione attuativa di principi e valori costituzionali⁶⁸. Proprio questo si sarebbe verificato con il divieto di surroga di maternità.

In siffatto ragionamento che vede prevalere in ogni caso la verità appositamente fissata dal legislatore, le Sezioni Unite recuperano comunque la rilevanza costituzionale del diritto del minore alla stabilità del rapporto di filiazione, richiamando l'«interesse del [medesimo di] vedere comunque realizzata la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale». Lo strumento, secondo le Sezioni Unite, è l'adozione in casi particolari nella fattispecie di cui all'art. 44, let. d) l. n. 184/1983, previa verifica da parte del tribunale per i minorenni dell'interesse preminente del minore, dell'idoneità affettiva e della capacità dell'adottante di assumere

⁶⁸ Sull'assoluta inderogabilità di questi valori si sono espressi, ponendosi, perciò, su una linea argomentativa analoga a quella delle Sezioni Unite: R. SENIGAGLIA, Genitorialità tra biologia e volontà, cit., p. 954 ss. e A. RENDA, La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore, cit., p. 422 ss. Ma cfr., in chiave critica a questa impostazione, G. PERLINGIERI-G. ZARRA, Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, Napoli, 2019, p. 109, nota 191, in cui si sottolinea, riprendendo il pensiero di M. G. Stanzione, il mutamento che ha interessato il diritto di famiglia «incentrato sempre meno sul dato formale della verità di angue, e sempre di più sulla considerazione che esistono diversi ordini di verità, tra i quali un posto di rilievo è occupato dal rapporto di fatto che si svolge tra il genitore e il figlio». Ciò induce gli Autori ad escludere la correttezza di soluzioni precostituite da applicare ad ogni fattispecie concreta, apparentemente identica, che coinvolga il minore.



⁶³ Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, cit. e Cass., n. 19599/2016, cit.

⁶⁴ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁶⁵ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., afferma che il divieto di surroga di maternità «viene a configurarsi come l'anello necessario congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica».

⁶⁶ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

⁶⁷ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

di doveri genitoriali (art. 57 co. 1 n. 2 e co. 2 let. a l. n. 184/1983).

La pronuncia *de qua*, come sarà emerso, è di particolare interesse perché, pur confermando sostanzialmente la nozione ristretta di ordine pubblico internazionale, inserisce il divieto di surroga di malità della filiazione, blindando la prima e aprendo alla seconda. Ciò sembra ragionevole: non si aggirano valori di fondo della Repubblica, né le scelte legislative proibitive attuative della Costituzione⁶⁹, tenendo conto al contempo dell'interesse del minore, seppur attraverso un'unica soluzione.

Ma è proprio questa unidirezionalità della tutela a suscitare qualche perplessità. A ben vedere la dinamica tra verità e intenzionalità è non già statica ma complessa e mobile, pervasa com'è dal principio del preminente interesse del minore e dalle *policies* legislative a tutela del minore stesso e della certezza dei rapporti familiari. Ed è in ragione di questa complessità che si intende muovere qualche obiezione alla pronuncia delle Sezioni Unite.

8. (Segue) Il preminente interesse del minore: un principio a garanzia di soluzioni non astratte.

Qualche obiezione alla sentenza effettivamente è possibile, ma si parta da un dato. Il nostro ordinamento nega validità al contratto di surroga biologica di maternità. Tale divieto non è certo fine a sé stesso, ma è espressivo di una linea di fondo della filiazione secondo la quale il parto e l'attribuzione della qualifica di madre a colei che ha partorito non sono scindibili, se non nei limiti del diritto al parto anonimo e dell'adozione (art. 269, co. 3, c.c., art. 30 Cost.).

Questa *policy*, sorretta da radici culturali profonde, non la si può negare. Perciò le Sezioni Unite non sono censurabili per averla posta in risalto. Lo sono per non aver lasciato alcuno spazio operativo al

giudice di riconoscere, in ragione delle peculiarità del caso concreto, il provvedimento straniero attributivo della genitorialità al genitore di intenzione⁷⁰. Un riconoscimento che avrebbe potuto basarsi sul preminente interesse del minore; principio, questo, che, come tutti i principi ad «alta densità assiologica»⁷¹, mal tollera regole assolute che lo comprimano una volta per sempre. Ciò è dimostrato, tra l'altro, da due sentenze della Corte costituzionale⁷² che hanno eliminato l'automatismo della sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale, a fronte dei reati di alterazione e di soppressione dello stato di figlio; una sanzione da irrogare, invece, - ritiene la Consulta - volta per volta a seconda del concreto e prevalente interesse del minore.

Sia chiaro: non si vuol affatto sostenere che l'interprete possa trarre dal principio del preminente interesse del minore qualunque soluzione egli ritenga più giusta. Ciò, come ammonisce un'autorevole dottrina⁷³, rischia di essere eversivo rispetto alla coerenza del sistema giuridico e del principio di separazione dei poteri. Il monito è da tenere senz'altro in considerazione, purché non si traduca nel ridimensionamento applicativo del principio a svantaggio della soluzione più coerente con il quadro giuridico di riferimento. Piuttosto, come si è sottolineato in precedenza, massima attenzione va riservata all'uso corretto dei principi, i quali si legano, in particolare nel nostro ambito di analisi, ai diritti fondamentali del minore, oggetto anch'essi di evoluzione e di un rinnovato impiego da parte della giurisprudenza⁷⁴.



⁶⁹ A. NICOLUSSI, Famiglia e biodiritto, in Europa e dir. priv., 2019, p. 746, nel ragionare sulla nozione di ordine pubblico, sottolinea, in particolare, il profilo dell'attuazione dei principi fondamentali da parte della legge ordinaria. Un'attuazione, questa, che non può essere svuotata dall'interprete attraverso una nozione evanescente di ordine pubblico. La considerazione dell'Autore vale di certo come punto fermo per l'interprete e, infatti, in questo senso si sono espresse le Sezioni unite sulla surroga biologica di maternità, ma il problema, talvolta, è più articolato rispetto alla sola individuazione di ciò che sia reputato espressione dell'ordine pubblico. Esso coinvolge la fattispecie in cui siano coinvolti principi e valori diversi i quali, pur contrassegnando tutti insieme l'ordine pubblico, possono confliggere l'uno con l'altro e allora la soluzione non può prescindere da un criterio gerarchico pure operante al massimo grado delle fonti del diritto.

⁷⁰ G. PERLINGIERI, Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata, in Dir. succ. e fam., 2019, 2, pp. 337 e 343, pur non senza respingere la soluzione accolta dalle Sezioni unite della Cassazione, ne individua un limite macroscopico nel «mancato invito [da parte delle Sezioni unite] all'interprete di tener conto delle peculiarità del «caso concreto». Osserva l'Autore che - a ben vedere - «la stessa soluzione delle Sezioni unite è il risultato di un bilanciamento tra interessi e valori, di una composizione tra istituti coinvolti, sì che appare ingenuo affermare che il bilanciamento è di competenza del solo legislatore e «il giudice non può sostituire la propria valutazione», in quanto l'interpretazione nel momento applicativo, come dimostra implicitamente la stessa Cassazione, è sempre «valutazione».

⁷¹ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, p. 405 ss. (v. p. 13 versione in *Banca dati- Leggi d'Italia*)

⁷² Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31 e Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, entrambe in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

⁷³ F. D. BUSNELLI, *Il problema della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 1447 ss. (p. 10 versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

⁷⁴ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 8, nel porsi il problema del rapporto tra l'interesse del minore e i diritti fondamentali, colloca all'apice delle molteplici dinamiche che possono determinarsi, anche in contrapposizione con

Ebbene, tenendo stretto questo collegamento tra interesse del minore e sviluppo normativo e interpretativo dell'ordinamento, si evita di fare del primo «uno dei più inquietanti nuovi dogmi»⁷⁵, ed al contempo di imboccare la strada dell'astrazione in luogo della tutela effettiva dei valori in gioco all'esito di un bilanciamento ragionevole che non può prescindere dal caso concreto.

Vero è che il ragionamento giuridico condotto in astratto non è quasi mai soddisfacente. Ancor meno lo è quando il destinatario della soluzione giurisprudenziale sia il minore. A tal proposito non si può negare che la tutela della dignità della donna, valore posto dalle Sezioni Unite a fondamento del divieto di surroga, finisca con l'essere una tutela evanescente, lontana dalla madre surrogata. L'Italia, negando lo Stato di figlio nei confronti del genitore committente non biologico, non salvaguarda affatto la dignità della madre surrogata, la quale, in un altro paese, abbia offerto il proprio ventre per spirito di solidarietà o magari dietro corrispettivo di un prezzo (così in alcuni Stati americani)⁷⁶.

E allora appare sproporzionata e irragionevole⁷⁷ una soluzione che a tutela di un valore, apprezzabile solo in astratto, sacrifichi comunque l'interesse concreto e attuale del minore alla conservazione del proprio *status*⁷⁸.

diritti fondamentali del minore, il diritto di quest'ultimo a che il suo benessere sia perseguito in via prioritaria nelle decisioni che lo riguardino. Decisioni – continua l'Autore – da assumere «a conclusione di una valutazione personalizzata delle circostanze». Posto che la veridicità di quest'affermazione è incontestabile, diventa difficile non trovare crepe nel *decisum* delle Sezioni Unite su cui si sta riflettendo.

⁷⁸ Il modo di ragionare delle Sezioni unite postula una nozione di interesse del minore parametrata in generale, giacché è lo stesso legislatore che, talvolta, pone un divieto al fine di tutelare la condizione di minore età in quanto tale. Un esempio è dato proprio dal divieto di surroga biologica di maternità rispetto alla via legittima dell'adozione. In dottrina L. LENTI, Note critiche in tema di interesse del minore, cit., p. 6, enuclea due significati di interesse del minore; uno esprime appunto il favore legislativo per i minori in generale; l'altro «permette al giudice di disapplicare una regola generale per esigenze di giustizia del caso concreto. Questa distinzione, indubbiamente ben colta dall'Autore, non mi sembra avere un valore giuridico assoluto stante il principio del preminente interesse del minore. SCALISI, Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto, cit., p. 14, parla di «bilanciamento ineguale, per significare che nella comparazione l'interesse del minore non sta con gli altri coesistenti o concomitanti interessi (familiari e non) su di un piano di perfetta parità ma neppure in correlazione di regolaeccezione, bensì piuttosto in rapporto quanto più possibile di preferenzialità, nel senso che, nei casi dubbi o di difficile soluzione (ad es., interessi difficilmente conciliabili), il superiore

Sulla stessa linea critica si aggiunga come non convinca appieno neppure l'altro passaggio della motivazione delle Sezioni Unite: quello secondo cui la verità della filiazione, cui tende il divieto di surroga, si imporrebbe in ogni caso perché così ha deciso il legislatore in attuazione di principi costituzionali. Ne uscirebbe confermato - sottolineano le Sezioni Unite - il principio secondo cui soltanto l'adozione può determinare la scissione della gestazione dalla maternità⁷⁹ in casi, tra l'altro, del tutto eccezionali a fronte del diritto del minore di crescere nella *propria* famiglia (art. 1 l. n. 184/1983)⁸⁰.

In verità non è soltanto l'adozione ad avere questa prerogativa, se si considera l'evoluzione del fondamento della filiazione. Al legame genetico si è affiancata la rilevanza dell'assunzione di responsabilità della nascita e/o dei doveri genitoriali. Si pensi, più di recente, come già sopra rilevato, alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto della procreazione eterologa, agli indici normativi espressivi della rilevanza della filiazione di fatto o dello stato di figlio falso ma duraturo, non più impugnabile ai sensi degli artt. 244, comma 4, c.c. e 263, comma 3, c.c. ⁸¹ e, infine, alla nozione di vita fami-

interesse del minore beneficia pur sempre, in linea di principio, di una considerazione determinante e prevalente ai fini della più appropriata decisione da adottare».

⁷⁶ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. afferma che «soltanto a tale istituto [*id est*: all'adozione], governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

⁸⁰ L. LENTI, *L'adozione e la Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito di Cass. 2954/2018*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, 1, p. 61 ss. Cfr. anche M. PEZZOLA, *Diritto dei figli di essere amati?*, in *Persona e mercato*, 2018, 4, p. 28 ss., che svolge un'interessante ricostruzione sistematica, con ricadute sulla nozione di stato di abbandono e di diritto di crescere in famiglia, muovendo dal diritto del figlio di essere assistito moralmente dai genitori.

81 Sul rilievo delle relazioni familiari al di là del titolo fondante cfr.: F. Prosperi, Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione, in Il nuovo diritto di famiglia, cit., p. 19 ss., il quale, nel constatare la difficoltà attuale di «racchiudere il fenomeno familiare entro un unico schema predeterminato» (cfr. pp. 24-25, sull'interpretazione dell'art. 29 Cost.), riconosce carattere familiare al rapporto tra il partner o il coniuge e i figli dell'altro; R. PANE, Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione, cit., p. 26 ss.; A. Di Fede, La famiglia legittima e i modelli familiari diversificati: luci e ombre, scenari e prospettive, in Nuove frontiere della famiglia, cit., 52-53, in particolare sull'interpretazione dell'art. 29 Cost. in combinato disposto con l'art. 2 Cost. sulla scorta del pensiero di P. Perlingieri; G. RECINTO, La genitorilaità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis, in Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, p. 61 ss., il quale nega ogni automatismo delle possibili soluzioni nell'interesse del minore; G. CHIAPPETTA, Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato, in Il nuovo diritto di famiglia, cit., p. 116 ss., proprio al fine di valorizzare l'effettività dell'interesse del mi-



⁷⁵ F. D. Busnelli, *Il problema della famiglia*, cit., p. 11.

⁷⁶ C. Shalev, Nascere per contratto, Milano, 1992, passim.

⁷⁷ Sull'importanza e sul ruolo della ragionevolezza nell'attività ermeneutica cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, 716 ss.

| 158

liare che ha radici nella fattualità del legame oltre che nelle qualificazioni giuridiche⁸².

Non va neppure dimenticato che la stabilità e la significatività del legame affettivo si intrecciano con l'identità personale del minore, identità legata a sua volta al diritto al rispetto della vita privata.

Un intreccio, questo, che ogni Stato Parte della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo deve salvaguardare, attraverso il riconoscimento della trascrivibilità dell'atto straniero o dell'adottabilità da parte della «intended mother», come ha ben sottolineato la Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'Advisory opinion del 10 aprile 201983. Ma l'adozione - aggiunge la Corte - si dimostra idonea se «the conditions which govern are appropriate and the procedure enables a decision to be taken rapidly, so that the child is not kept for a lenghty period in a position of legal uncertainty as regards the relationships. It is self-evident that these conditions must be include an assessment by the courts of the child's best interests in the light of the circumstances of the case»⁸⁴.

Secondo quest'Advisory opinion, quindi, la filiazione non genetica, nel caso che ci occupa, può essere salvaguardata dalla trascrizione dell'atto stra-

nore, critica non già la rilevanza della filiazione di fatto, ma la rigidità del termine di cui all'art. 244, comma 4, c.c.

oppure dall'adozione, purché, quest'ultima sia disposta rapidamente e appaia la soluzione più appropriata rispetto alle peculiarità del caso concreto. Ogni Stato parte potrà decidere, secondo la Corte europea, quale strada percorrere. ma senza automatismi (ciò è sfuggito alle nostre Sezioni unite). E allora se è interesse del minore conservare lo stato di figlio nei confronti del genitore committente non genetico85, non si vede perché il giudice, in attuazione del principio del preminente interesse del minore, coordinato con la rilevanza della filiazione non genetica, non possa riconoscere il provvedimento straniero, ordinandone la trascrizione⁸⁶. Non vi è, infatti, una preclusione assoluta da parte dell'ordinamento.

Non è un caso che le Sezioni Unite, stante il rilievo costituzionale del diritto alla stabilità del rapporto di filiazione (pur non genetico), abbiano cercato un punto di tenuta del sistema, indicando la strada dell'adozione in casi particolari. Ma questa soluzione, in linea di principio, non appare sempre adeguata rispetto al dato normativo della priorità dell'interesse del minore e dei diritti di cui egli è titolare⁸⁷. Di più: essa finisce col discriminare il na-

⁸² Cfr. supra la giurisprudenza della Corte EDU citata nella nota 41.

⁸³ Corte EDU, Grande Camera, advisory opinion, 10 aprile 2019, in www.altalex.com, afferma che «In reality, the issues at stakes in the context of recognition of a legal parent-chlid relationship between children born throught surrogacy and the intended parents go beyond the question of the children's identity. Other essential aspects of their private life come into play where the matter concerns the environment in which the live and devolop and persons responsible for meeting their needs and ensuring their welfare ... This lends further support to the Court's finding regarding the reduction of the margin of appreciation». La Corte afferma altresì che lo Stato Parte deve attuare i diritti del minore non necessariamente attraverso la trascrizione dell'atto di nascita straniero, essendo sufficiente individuare un'altra soluzione funzionale allo scopo qual è l'adozione da parte della «intended mother», sempre, però, valutando le circostanze del caso concreto.

⁸⁴ A. G. Grasso, Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale, in Nuova giur. civ. comm., 2019, 4, p. 757 ss., ripercorre il parere reso dalla Corte EDU il 10.4.2019 («concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother») in applicazione del protocollo n. 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che consente ai tribunali superiori nazionali di chiedere alla Corte EDU di fornire un parere su una fattispecie concreta sottoposta alla loro attenzione e connessa all'interpretazione di diritti e libertà riconosciuti dalla Cedu. L'Autore segnala che l'advisory opinion è una giurisdizione consultiva, uno strumento simile al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di cui all'art. 267 TFUE, utile in chiave di dialogo tra le Corti e di promozione del «ruolo "costituzionale" della Conv. eur. dir. uomo».

⁸⁵ L. LENTI, Note critiche in tema di interesse del minore, cit., p. 2, stigmatizza gli «impieghi taumaturgici» dell'interesse del minore, laddove la correttezza del pronunciamento del giudice si desuma semplicemente dal riferimento a tale interesse. Ugualmente inaccettabili - continua l'Autore - sono gli impieghi dell'interesse del minore in funzione eversiva dell'ordinamento. Certo, Lenti ha ragione. Le clausole generali sono sì volte a perseguire la giustizia nel caso concreto, ma nell'orizzonte di compatibilità con l'ordinamento giuridico. A questa compatibilità non fa eccezione l'interesse del minore, che, pur dovendo avere una considerazione preminente, è oggetto di bilanciamento. Nel caso della surroga praticata all'estero, la tensione con il principio di legalità è molto forte, ma coordinando la superiorità/preminenza della posizione del minore con i suoi diritti fondamentali si può giustificare, senza strappi al principio di legalità, la conservazione dello stato di figlio. Si consideri che il divieto di surroga non è stato violato in Italia; in Italia si discute soltanto della possibilità di recepire lo stato di figlio nei confronti del genitore non genetico, senza mettere in discussione il divieto legislativo di surroga.

⁸⁶ V. Scalisi, Maternità surrogata: come «far cose con regole», in Riv. dir. civ., 2017, 5, p. 1097 ss. e E. LUCCHINI GUASTALLA, Maternità surrogata e best interest of the child, in Nuova giur. civ. comm., 2017, 12, p. 1722, aprono al superamento, in certi casi, della regola che impone la coincidenza tra chi ha partorito e chi ha generato in forza del best interest of the

⁸⁷ La Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., muove dalla considerazione che il preminente interesse del minore debba essere contemperato con altri «valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento». Essa soggiunge che la considerazione di tali valori «può ben incidere sull'individuazione delle modalità più opportune da adottare [per la realizzazione del predetto interesse], soprattutto in materie sensibili come quella in esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate». L'idea del contemperamento è condivisibile, senza però dimenticare che se

to da surroga biologica rispetto al nato in altre circostanze, che configurano fattispecie comunque non ammesse nel nostro ordinamento. Si pensi all'adozione piena effettuata all'estero da parte di persone dello stesso sesso⁸⁸ o all'adozione internazionale ottenuta da cittadini italiani in coppia *same sex* residenti all'estero⁸⁹, dove i rispettivi provvedimenti stranieri sono stati riconosciuti in Italia sebbene l'adozione piena sia riservata ai coniugi (art. 6 l. n. 184/1983).

La discriminazione, più esattamente, sta nel fatto che, com'è noto, gli effetti dell'adozione in casi particolari sono quelli più contenuti in punto di parentela propri dell'adozione dei maggiorenni (art. 55 l. n. 184/1983 nel richiamo all'art. 300 c.c.); effetti ben diversi dallo stato di figlio dell'adozione piena (art. 27 l. n. 184/1983). Si aggiunga che l'applicazione del regime giuridico dell'adozione dei maggiorenni al caso della surroga di maternità è una forzatura, atteso che in quest'ultima non vi è alcuna posizione di rilievo della «famiglia di origine» cui fa menzione l'art. 300, co. 1, né vi è alcuna «famiglia dell'adottato» di cui tenere conto ai sensi dell'art. 300, co. 2, c.c.

Ma c'è un ulteriore dato di cui tener conto che rende non pertinente l'adozione in casi particolari. Indubbiamente l'adozione è l'istituto che garantisce il minore quando egli non sia legato geneticamente a chi assuma di essere genitore (cfr. art. 74 l. n. 184/1983). Di conseguenza, in linea di principio, non è errata la pronuncia della Cassazione n. 24001/2014 che ha confermato lo stato di adottabilità del nato da surroga biologica di maternità senza che vi fosse - in violazione peraltro della legge ucraina - il legame genetico con alcuno dei genitori committenti.

Non può sfuggire, però, che il caso sotteso alle Sezioni unite è diverso; in questo vi era il legame genetico con uno dei committenti e il nato veniva accudito da diversi anni da entrambi i genitori, in attuazione di un progetto condiviso di genitorialità. Il figlio, almeno nella sostanza, aveva già due geni-

l'interesse del minore è «preminente», esso, per definizione, non può arretrare fino al punto in cui il minore esca danneggiato dalla decisione che lo riguardi. Eppure - così pare a chi scrive - proprio questo è stato l'esito prodotto dalla sentenza delle Sezioni Unite, rispetto a una fattispecie che è di diritto internazionale privato e non di diritto interno. Si consideri che nel caso de quo non opera la sanzione penale di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 a tutela dei valori di cui le Sezioni Unite invocano la protezione. Se, come osserva LENTI, Note critiche in tema di interesse del minore, p. 3, all'interesse del minore «resta pur sempre attribuita un'indubbia priorità», quest'ultima deve poter essere fatta valere, ma la soluzione assoluta adottata dalle Sezioni unite non sempre consente l'emersione di tale priorità.

tori. E allora l'adozione non viene in rilievo, perché si adotta il figlio altrui, non il figlio che è, nel caso *de quo*, già, anche in fatto, della coppia committente non essendovi altri genitori.

Insomma, ritenere che nel caso in cui - si ribadisce - vi sia il legame genetico solo con uno dei genitori, opererebbe un principio di ordine pubblico che imponga inderogabilmente l'adozione pare un esito interpretativo piuttosto discutibile⁹⁰.

L'alternativa più coerente per il giudice investito della questione è, ad avviso di chi scrive, quella tra riconoscere o non riconoscere il provvedimento straniero, a seconda delle circostanze del caso concreto e delle esigenze di tutela che vengono in rilievo. Anche perché, evocando quale unica via l'adozione in casi particolari, dovrebbe ammettersi la sua applicabilità - come è stato giustamente osservato⁹¹ - pure nel caso in cui il nato da surroga di maternità non sia legato geneticamente a nessuno dei due genitori, altrimenti si avrebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra minori⁹².

Preme sottolineare come ammettere la riconoscibilità del provvedimento straniero che riconosca lo stato di figlio nei confronti del genitore di intenzione non significhi affatto affermare il «diritto alla genitorialità» quale diritto assoluto, che tale non è⁹³, né assumere una prospettiva "adultocentrica", né sposare l'equazione 'favor affectionis + 'superiore interesse del minore' = 'rapporto di filiazione'⁹⁴, ma

generale.

⁹⁴ G. RECINTO, *La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata*, cit., p. 354, ritiene che la sentenza delle Sezioni unite sia da apprezzare avendo spezzato siffatta equazione. Di grande interesse sono le considerazioni di M. PARADISO, *Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari*, cit., p. 171, sul carattere giuridico della relazioni familiari e sulla eccessività delle «tante affermazioni correnti su «affettività e de-istituzionalizzazione» come parole d'ordine



⁸⁸ App. Milano, 16 ottobre 2015, in www.ilcaso.it e App. Napoli, ord. 30 marzo 2016, in www.centrostudilivatino.it.

⁸⁹ Trib. min. Firenze, decr., 17 marzo 2017, in www.ilcaso.it.

⁹⁰ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., p. 10 (nota 103), sottolinea acutamente come l'adozione in casi particolari non è certo la soluzione in grado di garantire quella tutela «pronta ed effettiva» che la Corte EDU ha richiesto anche in caso di gestazione per altri.

⁹¹ G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, cit., pp. 341-342, osserva che, escludendo l'applicabilità dell'adozione in casi particolari nel caso indicato sopra nel testo, «a parità di condizioni e in presenza delle medesime esigenze (impossibilità di affidamento preadottivo, salvaguardia dell'interesse del minore e semmai interesse a conservare la relazione affettiva ed educativa di chi già se ne è preso cura), si creerebbe una disparità di trattamento irragionevole tra minori legati biologicamente con almeno uno dei due genitori (in quanto tali senz'altro adottabili secondo la Suprema Corte) e minori semmai non legati biologicamente con nessuno dei soggetti che aspirano al rapporto genitoriale».

⁹² N. CIPRIANI, *Le adozioni nella famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016*, cit., p. 273 ss. (in part. p. 276)

⁹³ G. RECINTO, La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere filiazione, in Dir. succ. e fam., 2019, 2, pp. 349 ss., svolge appropriate considerazioni sul diritto alla genitorialità, ritenuto nient'affatto generale.

piuttosto essere aperti all'effettività del diritto del minore alla conservazione del proprio stato ove ciò realizzi il suo reale interesse. Un interesse, come ha sottolineato la Corte costituzionale, che «non è cancellato» neppure quando - le Sezioni unite non hanno colto questo aspetto⁹⁵ - la valutazione comparativa degli interessi sia stata fatta dalla legge.

 (Segue) La surroga di maternità: un divieto recessivo rispetto alla tutela del diritto fondamentale del minore di vivere nella propria famiglia.

Le Sezioni Unite, con la loro soluzione rigidamente negativa, pongono il minore in una posizione deteriore 96 rispetto sia alla madre surrogata, di cui se ne vorrebbe tutelare la dignità (in concreto nient'affatto tutelata), sia al genitore committente non biologico, il quale in Italia verrebbe liberato dalla responsabilità genitoriale assunta ab initio attraverso la condivisione del progetto genitoriale. Con un esito alquanto irragionevole: si tutela il minore in astratto e si impone un modello familiare, quello incentrato sull'adozione, che, da un lato, non corrisponde all'intento dei protagonisti della vicenda procreativa, e che, dall'altro (ciò che conta di più), non è l'unico che possa determinare la separazione tra procreazione e genitorialità. Ancora: si preferisce tutelare una generica dignità della madre surrogata rispetto al concreto interesse del minore. Generica perché non si tengono in alcun conto le ragioni della surroga che, nel caso concreto, affondano nella solidarietà⁹⁷.

della famiglia moderna, che rinuncia al diritto tenta di teorizzare un «amore senza norme» quale reazione alle «norme senza a more» della visione borghese (...). E se così è, il diritto che può soltanto lambire le sponde dell'isola famosa è il diritto di fonte eteronoma, che deve non solo rispettare ma anche garantire le autonome forme e capacità organizzative delle singole comunità».

95 G. FERRANDO, Maternità per sostituzione all'estero, cit., p. 7 (versione in Banca dati-Leggi d'Italia), coglie, invece, questo passaggio della motivazione della sentenza della Corte cost. n. 272/2017, cit.; un passaggio a mio avviso importantissimo perché, nello scandire la gerarchia di valori che viene in rilievo, colloca esattamente l'interesse del minore in una posizione come ha affermato V. SCALISI, Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto, cit., 14 - di preferenza (non già di dominio) rispetto ad altri interessi.

⁹⁶ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 6, dà atto della complessità di un quadro normativo che solo in casi specifici precluderebbe il bilanciamento tra l'interesse del minore e altri valori; tuttavia è pacifico - e ne dà atto l'Autore - che tale interesse costituisca il parametro prioritario di giudizio. E ciò non sembra essere stato rispettato dalla Cass. Sez. Un., 12193/2019, cit.

⁹⁷ M. BIANCA, La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?, in Familia, 2019, p. 378 ss., afferma che la lesione della dignità E qui si pone una questione piuttosto delicata, che evoca la terza domanda posta sopra nel terzo paragrafo: come si governa correttamene la contrapposizione tra interesse del minore e principio di legalità?

La domanda rischia di fuorviare, perché non vi può essere una soluzione contrastante con il principio di legalità. Lo sforzo dell'interprete è di ricostruire rigorosamente e coerentemente l'ordinamento del caso concreto. E solo ove il bilanciamento conduca a un esito attuativo di valori e diritti che risultino prevalenti nella vicenda specifica si avrà piena conformità alla legalità; una legalità che non si appaga della certezza formale del diritto, protesa com'è ad attuare, tramite l'ermeneutica, valori preminenti espressivi dell'assiologia del sistema.

Il bilanciamento piuttosto può determinare - ne è consapevole la Corte costituzionale⁹⁸ - l'arretramento del principio della verità legale o di un valore di ordine pubblico⁹⁹. Anche il legislatore europeo conosce la possibile frizione tra interesse del singolo minore e talune disposizioni di legge. L'art. 23, co. 1, lett. *a*) Reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio in materia matrimoniale e di responsabili-

della gestante nella surroga di maternità deve essere riconosciuta a prescindere della natura onerosa o gratuita del contratto. D'accordo A.M. GAMBINO-T. PASQUINO, Gestazione surrogata: altruismo o costrizione?, in L'Arco di Giano, 2016, p. 92. 8 Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., afferma che: «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. (...) In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni di legge da applicare al caso in esame [qui la disposizione in esame era l'art. 263 c.c.]». Si dirà che qualora il bilanciamento sia stato effettuato dal legislatore, come nel caso dell'art. 12, co. 6, 1. 40/2004, l'interprete non ha spazio ermeneutico. Ma che sia così v'è da dubitarne, posto che, per ammissione della stessa Consulta, quando due posizioni riguardanti il minore confliggono, «preminenti sono le garanzie per il nuovo nato» secondo il diritto interno, europeo e internazionale (cfr. § 4.1.3/4.1.4 della sentenza). Ma allora perdono di forza le soluzioni interpretative propugnate una volta per tutte.

99 V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto*

V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 10 ss., rileva un utilizzo, che Egli ritiene legittimo, del preminente interesse del minore quale «vera e propria fonte di una nuova e diversa giuridicità oltrepassante e anzi sostituente quella legale» (p. 11). Certamente l'illustre Maestro coglie nel segno osservando che l'interesse del minore può fondare una nuova giuridicità, la quale, però, a mio avviso, non può essere considerata «non legale» (così ancora Scalisi a p. 12). Cfr. sull'utilizzo del principio del preminente interesse del minore le considerazioni di P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 668 ss.



tà genitoriale impone di tenere in considerazione l'interesse del minore sebbene rilevi l'ordine pubblico

Nella stessa logica di una priorità assiologica della posizione del minore si dispiega l'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori. In esso si indicano taluni casi in cui l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta a ordinare il ritorno del minore nello Stato da cui è stato allontanato illegittimamente, essendo criterio guida il «best interest of the child» 100.

Anche la recente legge n. 47/2017 sui minori stranieri non accompagnati promuove il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di tale categoria di soggetti deboli, prevedendo diverse garanzie ed interventi e disattivando le disposizioni sui respingimenti alla frontiera (artt. 3 e 8).

Si aggiunga che la Corte EDU nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia ha ammesso la non assolutezza del principio di legalità¹⁰¹ e la riconoscibilità, in presenza di certe circostanze, dell'efficacia di un provvedimento straniero assunto in violazione della legge dello Stato in cui lo si intenda attuare¹⁰².

100 Così Corte Edu, caso Maumousseau and Washington v. France, 6 dicembre 2007, ric. n. 39388/05, che si sofferma sul rapporto tra l'interesse del minore e l'art. 13 della HCCH (ritenendo corretto l'ordine di rientro del minore); analogamente centrata sull'interesse del minore allontanato illegittimamente dallo Stato di Istraele (ove il minore, secondo la Corte EDU, non deve ritornare) è Corte Edu, caso Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07. In un'altra pronuncia viene condannata l'Italia per non aver tenuto conto del superiore interesse del minore nell'ordinare il rimpatrio in Italia (Corte Edu, caso Sneersone and Kampanella v. Italy, 17 luglio 2011, ric. n- 14737/09), tutte in www.coe.int. In dottrina cfr. R. GELLI, La sottrazione internazionale del minore tra libertà di circolazione delle persone e tutela del fanciullo, in Fam. e dir., 2018, 5, p. 458 ss.

101 Lo rileva esattamente LENTI, Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera, cit., 498 ss., il quale svolge un penetrante ragionamento sulla differenza di approccio della Corte Edu nei casi in cui venga in rilievo la violazione della normativa degli Stati sull'adozione o quella sulla surroga biologica di maternità. In sintesi: mentre nel primo caso, dove rileva «l'interesse generale dell'intera categoria dei minori privi di una famiglia adeguata», le illegalità compiute dagli aspiranti adottanti sono decisamente gravi, nel secondo, venendo in rilievo l'interesse del singolo minore a vedere rispettato l'assetto familiare consolidato, accade che «la tutela dell'interesse del minore finisca per prevalere sul principio di legalità e permetta di aggirare il divieto della surroga di maternità, poiché aiuta i privati a raggiungere in gran parte il risultato desiderato». Anche Lenti, come Scalisi, ravvisa un utilizzo dell'interesse del minore in contrasto con la legalità del singolo Stato.

¹⁰² Il fatto che il principio di legalità debba confrontarsi con la nozione di ordine pubblico internazionale si è palesato anche riguardo alla questione del diritto di circolazione a fronte del divieto statale del matrimonio omosessuale. Sul «diritto di soggiorno derivato» di un cittadino di uno Stato terzo (Stati Uniti) in uno Stato membro dell'UE (Romania) in qualità di

Il senso di quest'affermazione è quello, non già di aggirare il principio di legalità (che non può essere), ma di attuare una legalità assiologicamente superiore a quella espressa da una singola disposizione di dettaglio che esprima un interesse o una posizione giuridica di rango però inferiore a quella propria del minore

Insomma, nei casi predetti è lo stesso legislatore a indicare una gerarchia di valori attraverso la prevalenza di un interesse (quello del minore) su un altro interesse. Se è una questione di prevalenza, l'accento va posto sull'interpretazione conforme ai valori e ai principi fondamentali dell'ordinamento in un quadro unitario e coerente rispetto al singolo caso concreto¹⁰³. Interpretazione che, al di là di uno specifico divieto legislativo, appaia la più idonea ad attuare l'ordinamento al massimo livello gerarchico delle sue fonti del diritto.

Ciò può legittimamente accadere a scapito di un divieto espresso dalla lettera della legge e finanche di un contrapposto principio fondamentale, qualora il non riconoscimento degli effetti di un provvedimento straniero comporti «la lesione di un altro principio fondamentale ancor più significativo o in concreto prioritario»¹⁰⁴. Questa delicata e ineludibile valutazione comparativa tra principi e *rationes* diverse conduce all'individuazione della regola del caso concreto, senza alcun attentato alla legalità, purché il bilanciamento sia ispirato al rispetto dei valori e dei principi fondanti il sistema e ritenuti «normativamente prevalenti»¹⁰⁵.

coniuge di un cittadino di tale Stato membro cfr. Corte di Giustizia, 5.6.2018, causa C-673/16, Coman-Hamilton v. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afaceriol Interne; sulla nozione di diritto di visita di cui al Reg. n. 2201/2003 cfr. Corte di Giustizia, 31 maggio 2018, causa C-335/17, Valcheva v. Babanarakis, entrambe in www.curia.europa.eu

¹⁰³ P. Perlingieri, Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico, in Dir. delle succ. e della fam., 2015, p. 230 ss., Id., Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione, in Rass. dir. civ., 2018, 2, 607, invita giustamente, sotto un profilo metodologico e assiologico, a non contrapporre l'ordine pubblico interno a quello internazionale, promuovendo una ricostruzione unitaria dell'ordine pubblico rispetto al caso concreto. Quando l'ordinamento interno viene in contatto con norme di provenienza esterna (di un altro Stato e dell'Unione europea) si hanno non già più ordinamenti ma più fonti del diritto che vengono in contatto. Queste norme entrano nel sistema italiano come «parte integrante del diritto positivo, complesso sì, ma unificato dai principi costituzionali di vertice, che costituiscono l'identità dell'ordinamento» (ID., Complessità e unitarietà dell'ordinamento, in Rass. dir. civ., 2005, 1, 205). In sostanza se la norma esterna produce effetti in Italia, significa che essa è conforme ai diritti e ai principi fondamentali dell'ordinamento che vengono in rilievo con riguardo a quella fattispecie concreta.

¹⁰⁴ G. Perlingieri-G. Zarra, Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, cit., 47.
 ¹⁰⁵ P. Perlingieri, Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente, cit., p. 214.



Da questa prospettiva appare corretto sottolineare due elementi in diritto: il primo attiene all'indicazione normativa di riservare una considerazione preminente all'interesse concreto del minore: il secondo riguarda il modo di operare dell'ordine pubblico. Se quest'ultimo è una clausola | 162 generale da riempire di contenuto con i principi e i diritti fondamentali rilevanti nel caso concreto¹⁰⁶, non è ontologicamente possibile fornire risposte definitive a priori, come hanno fatto le Sezioni unite nella pronuncia del 2019¹⁰⁷. Ancor di più non lo è in materia di filiazione dove, come si è cercato di dimostrare, l'interesse pubblico alla verità biologica e l'inscindibilità della gravidanza dalla maternità non si impongono in modo assoluto.

> Sarebbe stato preferibile lasciare quanto meno socchiusa la porta del riconoscimento del provvedimento straniero, delimitando la fattispecie con quelle circostanze di fatto già valorizzate dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU e dei giudici interni: durata, significatività e stabilità del rapporto di filiazione in un contesto normativo in cui spicca la necessità di evitare al minore un pregiudizio irreparabile¹⁰⁸. Tali circostanze promuovono il diritto alla conservazione dello stato di figlio e legitprevalenza nel concreto caso dell'interesse del minore. Una conservazione che attua la gerarchia valoriale della Costituzione, che vede la persona, e segnatamente il minore con i suoi

diritti fondamentali, in una posizione di assoluta centralità.

I margini interpretativi c'erano e, ove colti, avrebbero disvelato il significato più profondo nonché il rango del diritto del minore «di crescere nella propria famiglia» di cui all'art. 1 l. n. 184/1983: salvaguardare prioritariamente e con il massimo sforzo la famiglia che egli ha già, anche, se del caso, quella formata all'estero, quale imperativo categorico posto all'apice della scala dei valori¹⁰⁹.

La soluzione dell'adozione accolta dalle Sezioni unite della Cassazione - respinta dalla Cour de Cassation francese¹¹⁰ - come l'unica praticabile, da un lato espone il minore ai rischi dei tempi lunghi del procedimento e all'inerzia del genitore di intenzione, dall'altro non appare sempre congruente, perché se la famiglia esiste già, formalmente secondo il diritto di un altro paese e sostanzialmente in considelegame affettivo esistente dell'assunzione dei doveri genitoriali, non vi è necessità di ricorrere a un istituto che è funzionale ad attribuire una famiglia a chi non l'ha.



¹⁰⁶ G. PERLINGIERI-G. ZARRA, Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, passim, è la tesi sostenuta e ben argomentata dagli Autori.

¹⁰⁷ G. PERLINGIERI-G.ZARRA, Ordine pubblico interno e internazionale, cit., pp. 114-155, avversano l'idea secondo cui si possa affermare che «l'ordinamento italiano abbia una preclusione a priori verso il riconoscimento di questo tipo di situazioni [la surroga] generatesi all'estero». Anche V. BARBA, L'ordine pubblico internazionale, cit., p. 435 ss., non esclude che, con riguardo a un determinato caso concreto di surroga biologica di maternità, possa ritenersi conforme all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento dello status di figlio nato da tale pratica. Diversa è, invece, la posizione di M. TESCARO, L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata, cit. (in corso di pubblicazione), il quale ritiene che, in tema di surroga di maternità, stante la nozione di ordine pubblico da ritenersi comprensiva della legge ordinaria attuativa della Costituzione, non vi sia spazio per una valutazione giudiziale del caso concreto, poiché è il legislatore a essere direttamente intervenuto in modo specifico al fine di attuare valori costituzionali e bilanciando interessi diversi.

¹⁰⁸ G. FERRANDO, Maternità per sostituzione all'estero, cit., p. 9, afferma che «anche nel nostro caso [quello sotteso a Cass. Sez. un. n. 12193/2019] il giudice non si poteva sottrarre ad un bilanciamento: a maggior ragione se si considera che l'interesse del minore non può essere oggetto di valutazione astratta, ma deve invece essere apprezzato in concreto, tenuto conto delle circostanze del caso, dell'intensità/durata del legame esistente con il genitore intenzionale, della possibilità o meno di costituire lo status nei confronti del "vero" genitore [che nel caso de quo non vi è] e delle altre circostanze rilevanti».

¹⁰⁹ È auspicabile un intervento legislativo che, in caso di surroga di maternità effettuata per spirito di solidarietà (grazie alla disponibilità della madre, della sorella o di una cara amica di famiglia), regoli almeno gli effetti giuridici nei confronti dei soggetti coinvolti. Non si può eludere, al fine di ben calibrare le conseguenze giuridiche, la distinzione tra la surroga di maternità a titolo oneroso e per spirito di solidarietà. Mentre la prima è una pratica che confligge apertamente con il valore costituzionale della dignità della donna e del divieto posto dal diritto sovranazionale di fare del corpo umano una fronte di lucro [art. 3, co. 2, let. c) Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e art. 21 Convenzione sui Diritti dell'uomo e la biomedicina, Oviedo, 1996], la seconda non ha questo tratto di contrapposizione frontale ai valori costituzionali; non vi sarebbe alcuna lesione della dignità della donna. Da questo punto di vista, appare non priva di pregnanti argomenti la tesi di A. G. GRASSO, Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata, in TCRS, 2018, 2, Teoria e critica della regolazione sociale, a cura di A. Amato, pp. 161 ss., secondo cui è possibile un'interpretazione restrittiva costituzionalmente orientata dell'art. 12 comma 6 l. n. 40/2004 in forza della quale la disposizione ivi contenuta non vieterebbe la surrogazione di maternità solidale, ma solo quella effettuata verso un corrispettivo in denaro.

¹¹⁰ Cour de Cassation, Assembée plénière, 4.10.2019, n. 648, in www.courdecassation.fr/jurisprudence, non afferma che l'unica soluzione possibile sia l'adozione; quest'ultima è praticabile soltanto se è in grado di garantire celermente l'interesse superiore del minore. Ma un tale esisto è stato escluso dalla Corte francese. Particolarmente significativa è quella parte della sentenza in cui si nega l'applicabilità del possesso di stato, non fornendo quest'ultimo mezzo di prova della filiazione sufficienti garanzie al minore. Così la Cour de Cassation, in considerazione anche del tempo trascorso dalla nascita, rigetta la domanda di annullamento della trascrizione dell'atto di nascita effettuata nei registri dello stato civile di Nantes.

Materiali e commenti





LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE SULLA NULLITÀ SELETTIVA: TRA PROTEZIONE E BUONA FEDE

Di Chiara Sartoris

SOMMARIO: 1. Il problema degli effetti della nullità (di protezione) selettiva. - 2. Ricostruzione del dibattito. - 2.1. (segue) Due orientamenti agli antipodi. - 2.2. (segue) Le tesi intermedie. - 3. La soluzione delle Sezioni Unite. - 3.1. (segue) Primo argomento: lo statuto delle nullità con funzione protettiva. - 3.2. (segue) Secondo argomento: la valorizzazione del principio di buona fede. - 3.3. (segue) La nullità selettiva tra protezione e buona fede. 4. Primi spunti di riflessione.

ABSTRACT. Il presente contributo analizza la sentenza delle Sezioni Unite n. 28314/2019 che ha ammesso l'uso selettivo della nullità protettiva nell'ambito dei contratti di intermediazione finanziaria. Le Sezioni Unite consentono all'investitore, di fronte alla nullità del contratto per mancanza di forma scritta, di scegliere quali ordini di investimento debbano essere caducati e quali possano sopravvivere, sempre che la selezione degli effetti della nullità non determini un ingiustificato sacrificio economico per l'intermediario. La decisione offre così l'occasione per riflettere non solo sulla centralità della buona fede in materia contrattuale, ma anche e soprattutto sulla configurabilità di un nuovo profilo di disciplina della nullità di protezione, quello della selettività.

This paper analyzes the Supreme Court judgement n. 28314/2019, which provides the selective use of protective nullity with reference to financial intermediation contracts. In case of contractul nullity for the lack of the written form, the Supreme Court allowes an investor to choose which orders have to be voided and which ones have to be manteined, so long as the selection of the effects of the remedy does not cause an undue economic burden for the financial broker. Thus this judgement allowes to reflect not only upon the central role of good faith in contractual matter, but also upon the existence of a new rule for protective nullity, which is selectivity.



1. Il problema degli effetti della nullità (di protezione) selettiva.

Con l'attesa sentenza n. 28314/2019, le Sezioni Unite prendono posizione sulla dibattuta questione dell'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità (di protezione) degli ordini di investimento adottati a valle di un contratto di intermediazione finanziaria².

La questione origina dalla violazione del requisito formale prescritto dall'art. 23 t.u.f. per i contratti di intermediazione finanziaria, nelle ipotesi in cui – in coerenza con il precedente del 2018 - manchi la sottoscrizione dell'investitore ovvero difetti in toto lo stesso contratto-quadro³. In tali casi, ci si interroga se l'investitore possa chiedere al giudice di limitare le conseguenze della sentenza di nullità a singoli ordini di attuazione del contratto-quadro (di solito, quelli in perdita), escludendo che la patologia si estenda a colpire tutti gli altri ordini (quelli in attivo) emessi nel corso del rapporto negoziale.

Ebbene, come evidenziato dalla I sezione della Corte, nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, «il punto controverso riguarda [proprio] l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche alle operazioni che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente ed, eventualmente, i limiti di tale estensione»⁴.

Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.personaemercato.it.

quando manca la firma dell'investitore oppure quella firma risulta apocrifa ovvero, più radicalmente, quando sia carente la stessa forma scritta del contratto. La sentenza di riferimento è: Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in www.personaemercato.it; in Giur. it., 2018, 3, p. 568 ss., con nota di C. COLOMBO, La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite; in Contr., 2018, 2, p. 133 ss. con nota di G. D'AMICO, Le Sezioni Unite sul c.d. contratto mono-firma; in Giur. it., 2018, 3, p. 568 ss., con nota di A. DI MAJO, Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme. Sul tema, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute, confermando il precedente arresto, con la sentenza Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653, cit., che si è pronunciata sulla ordinanza Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in www.personaemercato.it; in Contr., 2017, 4, p. 393 ss., con nota di D. MAFFEIS, La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca; in Banca borsa e tit. cred., 2015, 5, p. 543 ss., con nota di A. Tucci, Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neoformalismo contrattuale. Non solo, ma l'impostazione patrocinata dalle Sezioni Unite in commento trova, oggi, conferma esplicita anche per i contratti bancari privi della sottoscrizione dell'istituto di credito. Con riferimento ai contratti di conto corrente, la sentenza Cass., 29 novembre 2018, n. 30885, in www.personamercato.it, afferma, infatti, che la mancata sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca non determina nullità per difetto della forma scritta, «trattandosi non già di un requisito del contratto ma della prescrizione di un comportamento che la banca (al pari dell'intermediario finanziario, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998) deve osservare nell'interesse del risparmiatore o del correntista, altrimenti conseguendone la sanzione della nullità». È proprio in relazione al problema della validità/nullità dei contratti di intermediazione finanziaria c.d. monofirma che si è posta l'ulteriore questione dell'operatività selettiva del rimedio della nullità. Coloro che, in dottrina e in giurisprudenza, sostenevano la tesi della validità dei contratti c.d. monofirma invocavano, oltre alla ratio della prescrizione formale, anche un argomento ulteriore: l'irrilevanza della sottoscrizione dell'intermediario finanziario (o della banca) risponderebbe alla necessità di evitare una lettura dell'art. 23 disfunzionale e inefficiente per il mercato finanziario, connessa a possibili usi opportunistici dello strumento formale, come nei casi in cui l'investitore deduca la nullità dei soli ordini in perdita. Diversamente ragionando, infatti, stante la grande diffusione della prassi dei contratti c.d. monofirma, gli intermediari finanziari finirebbero per essere destinatari di così tante domande di nullità selettiva da essere esposti a conseguenze restitutorie particolarmente gravose.

Si tratta di Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in www.personaemercato.it, che rimette alle Sezioni Unite la que-



In dottrina, lo specifico tema è stato studiato da: A. Bertolini, Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale?, in Resp. civ. e prev., 2010, 11, p. 2333 ss.; G. Berti De Marinis, Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa, in Banca borsa tit. cred., 2014, 5, p. 612 ss.; ID., Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela, in Banca borsa e tit. cred., 2016, 3, p. 283 ss.; S. GIULIANI, Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto, in Contr., 2016, 12, p. 1089 ss.; S. PAGLIANTINI, Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale), in Contr., 2017, 6, p. 679 ss.; D. MAFFEIS, La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca, in Contr., 2017, 4, p. 393 ss.; U. MALVAGNA, Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, in Banca, borsa e tit. cred., 2017, 6, p. 828 ss.; M. RIZZUTI, Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite, in Corr. giur., 2019, 2, p. 173 ss.; G. PETTI, L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite, in Contr., 2019, 3; C. SARTORIS, Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?, in Giur. it., 2019, 4, p. 763 ss.. In giurisprudenza, cfr.: Trib. Torino, 12 febbraio 2007, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 11 aprile 2008, in www.ilcaso.it; Trib. Udine, 16 gennaio 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Brescia, 29 aprile 2010, in Resp. civ. e prev., 2010, 11, p. 2333, Trib. Torino, 7 marzo 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Como, 14 febbraio 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Verona, 28 giugno 2012, in www.ilcaso.it.; Si tratta di Cass., 17 maggio 2017, n. 12390, in Banca, borsa e tit. cred., 2017, 6, p. 828 ss.; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in www.personaemercato.it. Quest'ultima è l'ordinanza con la quale la I sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di cui all'odierna decisione. Si tratta della quesione relativa «all'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli, che derivi dall'accertamento del difetto di forma dei contratti quadro».

³ La violazione del requisito formale dell'art. 23 T.U.F. ricorre solo quando manca la sottoscrizione dell'investitore, non anche quando difetta la sottoscrizione dell'intermediario, il suo consenso potendo essere desunto anche da comportamenti concludenti (come l'aver dato esecuzione all'ordine impartito dal cliente). Conseguentemente, un problema di uso selettivo della nullità formale dell'art. 23 si può porre, in via residuale, solo

L'importanza di questo tema – e l'attenzione tributatagli da dottrina e da giurisprudenza – è dovuta allo stretto intreccio tra profili specifici della disciplina dell'intermediazione finanziaria e la disciplina generale della nullità del contratto. Ma vi è di più. L'indagine si inserisce nel più ampio filone giurisprudenziale, inaugurato dalle Sezioni Unite del 2014, con cui la giurisprudenza di legittimità sta rileggendo il sistema delle impugnative negoziali⁵,

stione della «esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli, che derivi dall'accertamento del difetto di forma dei contratti quadro». Per la verità, la medesima questione era già stata sottoposta alle Sezioni Unite dalla ordinanza interlocutoria relativa al citato problema della validità/nullità dei contratti di intermediazione finanziaria c.d. monofirma (cfr. Cass., 17 maggio 2017, n. 12390, cit.). Ma le Sezioni Unite, con la citata sentenza n. 898/2018, si sono limitate a dichiarare assorbita e, quindi, non esaminabile, la questione dell'utilizzo selettivo della nullità prarziale da parte del cliente che lamenti la violazione dell'art. 23. Già in quella occasione, infatti, l'ordinanza di rimessione ha segnalato la necessità di un chiarimento sul tema della estensione degli effetti della domanda di nullità del contratto-quadro, stante la sussistenza di un contrasto di opinioni. Per un commento sulla ordinanza del 2017, si veda: U. MALVAGNA, Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, cit., p. 828 ss..

⁵ Il riferimento è alle sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, in Corr. giur., 2015, I, 70 ss., con note di V. CARBONE, "Porte aperte" delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto, e di I. PAGNI, Nullità del contratto – Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite; in Corr. giur., 2015, II, 225 ss., con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale; in Foro it., 2015, I, p. 922 ss., con nota di F. DI CIOMMO, La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio; in Dir. civ. cont. 15 marzo 2015, p. 6 ss., con nota di F. Russo, La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (nota in margine a Cass., sez. un., 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014); in Nuova giur. civ. comm., 2015, p. 299 ss., con nota di N. Rizzo, Commento a Cassazione Sezioni Unite 26242 del 2014. Sul tema si vedano anche le riflessioni di: S. PAGLIANTINI, La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?, in Contr., 2012, 111, p. 869 ss.; ID., Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative, in Pers. e merc., 2015, 2, p. 216 ss.; A. Proto Pisani, Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite, in Foro it., 2015, I, p. 944 ss.; I. PRISCO, Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni Unite, in Rass. dir. civ., 2014, p. 573 ss.; S. MENCHINI, Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto, in Nuovi quad. del Foro it., 2015, 2, p. 1 ss.; C. Scognamiglio, Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite e il rilievo officioso delle nullità, in Nuova giur. civ., 2015, p. 197 ss.; I. Delli Priscoli, Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente "debole" e tutela del mercato, in Giur. comm., 2015, II, p. 978/II; L. GALANTI, Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2015, p. 1359 ss.; G. Verde, Sulla rilevabilità d'ufficio

nell'ottica di assicurare l'effettività delle tutele⁶. Sicché, il problema dell'uso selettivo della nullità, lungi dal riguardare una specifica questione postasi nella prassi della intermediazione finanziaria, offre l'occasione per indagare le più generali tendenze evolutive del rimedio della nullità di protezione, contribuendo a far progredire la comprensione circa il suo complesso statuto.

Riflettere sull'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità, dunque, significa interrogarsi sullo statuto delle nullità di protezione, anche quando si allontanino dal paradigma di operatività prospettato dall'art. 36 cod. cons., come nel caso della nullità formale dell'art. 23, per la quale il legislatore non ha dettato un preciso regime giuridico. Sicché, occorre analizzare il grado di effettività del rimedio, nella considerazione che la rigidità dello schema invalidante codicistico, da un lato, e l'approccio strutturale del meccanismo della nullità parziale necessaria ex art. 36 cod. cons., dall'altro, non sembrano sempre in grado di realizzare quell'obiettivo.

Difatti, se la caducazione della clausola vessatoria rappresenta la fondamentale reazione ordinamentale che colpisce il contratto squilibrato in dan-

delle nullità negoziali, in Riv. dir. proc., 2015, p. 748 ss.. Queste sentenze portano a compimento il percorso giurisprudenziale di rilettura del tema dei rapporti tra nullità negoziale e azioni di impugnativa negoziale, riconoscendo, in via definitiva, l'omogeneità funzionale di queste ultime. Ai fini del presente contributo, in particolare, questi arresti si segnalano per aver ammesso la rilevabilità d'ufficio anche delle nullità di protezione. All'interno di un importante *obiter dicutm*, i giudici chiariscono come la specialità che caratterizza le nullità di protezione, rispetto alla nullità contrattuale classica, si riproduce non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche su quella processuale, poiché anch'esse sono volte a tutelare interessi generali, non solo particolari, che coincidono con l'interesse al complessivo equilibrio contrattuale e con il rispetto delle regole di mercato. In tale prospettiva, il potere di intervento del giudice costituisce, dunque, uno strumento necessario a evitare che il processo finisca per tradursi in un'ulteriore occasione di pregiudizio per il soggetto debole, il quale, al suo interno, dovrebbe, invece, trovare concreta tutela.

⁶ Sulla rilevanza e la centralità, nella materia in esame, del principio di effettività si vedano, ex multis: A. Di MAJO, Tutela (dir. priv.) (voce), in Enc. dir., XLV, Milano, 1992, p. 360; A. PROTO PISANI, Il principio di effettività nel processo civile italiano, in Giusto proc. civ., 2014, p. 828; I. PAGNI, Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa, Milano, 2004; R. Oriani, Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, Napoli, 2008; D. Dalfino, Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2014, p. 907; S. PAGLIANTINI, Diritto giurisprudenziale e principio di effettività, in Pers. merc., 2015, 4, p. 112; D. IMBRUGLIA, Effettività della tutela: una casistica, in Persona e mercato, 2016, 2, p. 62 ss.; ID., Effettività della tutela e poteri del giudice, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, 3, p. 961; G. VETTORI, Contratto giusto e rimedi effettivi, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, 3, p. 787; ID., Effettività delle tutele (diritto civile) (voce), in Enc. dir., Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss..



no del consumatore, secondo lo schema della parzialità necessaria dell'art. 36 cod. cons., non appare chiaro come assicurare una tutela effettiva per la parte non professionista nei casi in cui la nullità colpisca l'intera operazione contrattuale. Ciò è proprio quanto accade nelle ipotesi di nullità c.d. for-| 72 mali, come l'art. 23 t.u.f., in cui non è possibile rimuovere chirurgicamente la singola clausola viziata perché l'invalidità è (necessariamente) totale. Secondo le Sezioni Unite, è proprio questo «ampliamento dell'ambito di applicazione delle nullità di protezione a costituire il nucleo problematico della *questione*» sottoposta al loro esame.

Ebbene, i temi tratteggiati meritano ora di essere ordinati e approfonditi, al fine di comprendere tanto la soluzione offerta dalle Sezioni Unite, quanto la direzione in cui sta evolvendo la nullità di protezio-

2. Ricostruzione del dibattito.

È opportuno, innanzitutto, ricostruire i principali orientamenti che, nel tempo, sono stati elaborati sulla questione in esame. Molteplici e variegate sono le soluzioni interpretative avanzate sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza, le quali si sono mosse tra due posizioni estreme più rigorose, tanto nel senso di escludere, quanto nel senso di ammettere l'uso selettivo della nullità, e varie sfumature intermedie.

Senza dubbio, la maggior parte degli interpreti ha analizzato la questione in esame in un clima di grade diffidenza e preoccupazione, legato alle conseguenze (soprattutto restitutorie) potenzialmente onerose a cui si troverebbero esposti i professionisti (banche, intermediari finanziari) destinatari di domande di nullità selettiva. Non solo, ma viene paventato anche il rischio che si venga a creare una pericolosa situazione di incertezza per il mercato finanziario, suscettibile di protrarsi nel tempo. È stato osservato che, poiché l'azione di nullità è imprescrittibile, l'investitore potrebbe agire in giudizio a distanza di tempo dalla conclusione del contratto, ritrasferendo "il rischio di un investimento infruttuoso in capo all'intermediario"8. Per contenere tali

⁷ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., parg. n. 15.2. ⁸ Osserva A. Bertolini, *Problemi di forma e sanzioni di nullità* nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale?, cit., p. 2333: «se si afferma il principio per cui all'investitore è consentito ritrasferire il rischio di un investimento infruttuoso in capo all'intermediario agendo ex post per la nullità del contratto, ma mantenendo fermi gli ordini di investimento profittevoli, si modificano in modo artificioso le normali regole di funzionamento del mercato mobiliare per cui ciò che viene remunerato è il rischio in cui si incorre incentivando comportamenti di moral hazard da parte del risparmiatore». Nello stesso senso: D. SEMEGHINI, Forma ad subconseguenze negative, la riflessione di una parte degli interpreti si è incentrata, quindi, sul possibile carattere opportunistico dell'uso selettivo del rimedio.

Nel contempo, si è delineato un orientamento propenso a riconoscere la legittimità della nullità selettiva attraverso la valorizzazione della *ratio* protettiva del rimedio, sia pure circoscrivendone presupposti e limiti di operatività, in modo da consentire ai professionisti di potersi concretamente difendere da richieste pretestuose di invalidazione selet-

Alla base della difficile ricerca di una soluzione a tale questione si pone, infatti, la necessità di trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte: garantire gli investimenti operati dai privati con i loro risparmi; tutelare la posizione degli intermediari finanziari, e quindi del mercato, contro sacrifici economici sproporzionati. in nome dell'interesse più generale alla certezza dei rapporti giuridici.

2.1. (segue) Due orientamenti agli antipodi.

Agli estremi opposti del dibattito, si sono delineate due posizioni diametralmente diverse, ma accomunate dall'assolutismo delle soluzioni prospettate, tanto da meritare, secondo le odierne Sezioni Unite, di essere respinte proprio in ragione della loro rigidità.

Una buona parte degli interpreti⁹ ha negato radicalmente la legittimità dell'uso selettivo della nullità sull'assunto che il relativo regime protettivo si esaurisca nella sola legittimazione esclusiva del cliente a far valere l'invalidità per difetto di forma. Se, da un lato, non vi è dubbio che il rimedio in questione sia nella completa disponibilità del cliente, quale unico contraente legittimato all'azione, dall'altro lato, la richiesta di selezionarne gli effetti viene ritenuta eccedente la sua finalità protettiva. Ammettere un uso selettivo della nullità significherebbe consentire al

stantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento, Milano, 2010, secondo il quale, l'accoglimento di una domanda di nullità selettiva avrebbe l'effetto sostanziale di rendere l'investitore arbitro non soltanto della tempistica, ma anche della scelta dei singoli investimenti da cancellare, con evidente aggravamento della posizione delle banche. Sicché, la soddisfazione di una pretesa di questo tipo esorbita dalle finalità di tutela riconosciute a fondamento dell'art. 23 : se la ratio di questa norma è la trasparenza in funzione di protezione, non ci sarebbe ragione di «ritenere che la mancanza del documento contrattuale possa pregiudicare il cliente solo per certi investimenti e non per altri».

⁹ Cfr. Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in www.ilcaso.it; in Contr., 2018, p. 543 ss., con nota di E. CICATELLI, Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria.



debitore di sfruttare in modo opportunistico il rimedio, frazionando un rapporto economico unitario. In particolare, la tesi in esame, nel negare la legittimità della nullità selettiva, muove dall'assunto che essa concretizzi sempre un comportamento opportunistico, di per sé contrario a buona fede, e quindi da stigmatizzare.

In accordo con queste premesse, è stato sostenuto che, per effetto della nullità del contratto quadro, possano trovare applicazione le regole comuni sull'indebito di cui all'art. 2033 c.c., a cui rinvia l'art. 1422 c.c. in materia di nullità. Sicché, gli effetti caducatori e restitutori connessi alla sentenza di nullità possono essere fatti valere da entrambe le parti.

Nella sentenza che ha patrocinato questo orientamento si legge: una volta «accertata la mancanza di una causa adquirendi – tanto in caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione del contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venire meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione dello stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo; la pronuncia del giudice è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del solvens di restituzione della prestazione rimasta senza causa»¹⁰.

A sostegno di questa posizione sono stati richiamati due argomenti.

Innanzitutto, come visto, il regime della legittimazione relativa all'azione di nullità, riservata all'investitore, non sarebbe in grado di consentire una deroga alle regole generali sull'indebito. Ciò in quanto la legittimazione ad agire costituisce un profilo di disciplina che si pone su un piano completamente diverso da quello delle conseguenze ripristinatorie del rimedio.

In secondo luogo, l'applicazione delle regole comuni non sarebbe messa in discussione neppure dalla natura giuridica dei singoli ordini di investimento. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, si tratterebbe di negozi dotati di autonomia giuridica rispetto al contratto quadro, ma collegati a quest'ultimo. In virtù di tale nesso, la nullità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione del

cliente travolgerebbe, necessariamente, anche i successivi ordini, persino ove non siano indicati dal cliente nella domanda di nullità. Questi ultimi, quindi, risultano colpiti da una nullità c.d. derivata, che ne implica l'automatico travolgimento, in base al principio simul stabunt, simul cadent¹¹. E tale esito, secondo questa impostazione, non sarebbe smentito neanche dalla riconosciuta ammissibilità della caducazione del singolo ordine mediante un'azione di risoluzione per inadempimento (o altra azione caducatoria diversa dalla nullità), con salvezza del

¹¹ A riguardo, secondo S. PAGLIANTINI, La nullità di protezione come nullità selettiva? Occhio ai concetti (ricordando Francesco Carnelutti), Relazione al Convegno "Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Il contratto d'intermediazione finanziaria privo di forma scritta: nullità selettiva o abuso del diritto", svoltosi il 13 febbraio 2019, presso la Corte Suprema di Cassazione, Roma, p. 5, sarebbe debole «(...) sostenere che, se ammettiamo la risoluzione dei singoli ordini di investimento diventa poi aporetico opporre il principio simul stabunt, simul cadent quando, invece, si faccia questione di una nullità, dimidiando così una deterrenza che ogni nullità di protezione dovrebbe viceversa ottimizzare». In generale, il tema della invalidità c.d. derivata è stato indagato ab origine dalla dottrina amministrativistica. Basti pensare all'ipotesi di inefficacia del contratto pubblico a seguito di annullamento dell'aggiudicazione della gara, cioè del provvedimento presupposto. Secondo le regole del diritto amministrativo, per gli atti procedimentali, vige il principio di derivazione, in forza del quale, l'annullamento dell'atto presupposto illegittimo si ripercuote a valle della sequenza, cioè sul contratto pubblico, che può essere dichiarato inefficace dal giudice amministrativo. Tra i primi studiosi del tema, si ricordano: A.M. SANDULLI, Il procedimento amministrativo, Milano, 1940; F. LUBRANO, L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica), Roma, 1968. Sul tema, veda anche, più di recente, G. PASSAGNOLI, La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, in Persona e mercato, 2012, 2, p. 122 ss., il quale prospetta una qualificazione di tale inefficacia in termini di nullità, ritenendo che si tratti di una nullità speciale, in considerazione del peculiare carattere di uno dei contraenti, la pubblica amministrazione, secondo la logica propria del diritto dei consumatori. Ma il problema della invalidità derivata si è posto anche nel diritto privato in relazione allo studio del fenomeno del collegamento negoziale: M. GIORGIANNI, Negozi giuridici collegati, in Riv. it. scienze giur., 1937, p. 323 ss.; N. Gasperoni, Collegamento negoziale e connessione fra negozi, in Riv. dir. comm., 1955, p. 359 ss.; R. Scognamiglio, Collegamento negoziale, in Enc. dir., VII, Milano, 1960, p. 377 ss.; G. LENER, Profili del collegamento negoziale, Milano, 1999. Un ambito di particolare importanza in cui ha trovato applicazione la teoria della invalidità derivata è quello bancario, come emerge dalla vicenda della validità/invalidità dei contratti in corso che riproducono Norme Bancarie Uniformi vietate ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990. Cfr. G. Rossi, Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi, in Giur. it., 1996, I, 2, p. 212 ss.; F. PARRELLA, Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole e dei contratti a valle, in Dir. banc., 1996, I, p. 507 ss.; A. BERTOLOTTI, Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU), per contrasto con regole antitrust ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione di un problema dibattuto, in Giur. it., 1997, IV, o. 345 ss..



¹⁰ Così Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, cit.. Tale principio relativo al rapporto tra disciplina della nullità e disciplina dell'indebito è ormai consolidato presso la giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, p. 242 ss.; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27334, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Indebito*, n. 1; Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, in *Resp. civ.*, 2010, 7, p. 552 ss.; Cass., 7 febbraio 2001, n. 2956, in *Not.*, 2011, 3, p. 259 ss. e in *Contr.*, 2011, 4, p. 373 ss.; Cass., 3 giugno 2016, n. 11490, in *www.dejure.it*; Cass., 6 giugno 2017, n. 14013, in *www.dejure.it*.

contratto quadro, il quale resta idoneo a fondare la efficacia degli altri ordini¹².

Coloro che hanno escluso radicalmente l'ammissibilità della nullità selettiva per le ragioni illustrate hanno reputato, altresì, che, per effetto della nullità derivata di tutti gli ordini di investimento, l'inter-| 74 mediario possa tutelarsi non solo eccependo la nullità di questi ultimi (e soprattutto di quelli in positivo), ma anche chiedendo una compensazione tra i reciproci rapporti¹³. Poiché entrambe le parti sarebbero titolari del diritto alla restituzione dell'indebito. allora, sarebbe possibile anche una compensazione legale ex art. 1423 c.c. tra i reciproci crediti, ove esistano versamenti eseguiti in esecuzione del contratto¹⁴.

¹² Cfr. Cass., 6 novembre 2014, n. 23717, in www.dejure.it; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in www.dirittobancario.it; Cass., 27 aprile 2016, n. 8394, in www.dejure.it; Cass., 16 agosto 2016, n. 16820, in www.ilcaso.it; Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in Corr. giur., 2018, 6, p. 773 ss., con nota di F. LEMETRE, Inadempimento degli obblighi dell'intermediario e autonoma risolubilità dei singoli ordini di investimento. In base all'ultima sentenza citata, «la possibilità per l'investitore – quale contraente non inadempiente - di indirizzare l'azione, a seconda del suo interesse, nel senso della caducazione dell'intero rapporto con l'intermediario o verso la caducazione di solo alcune parti di esso, rinviene funditus il proprio addentellato nelle regole proprie del comune diritto contrattuale». Diversamente ragionando infatti, ossia «laddove si condizioni la caducazione dei singoli ordini alla caducazione dell'intero rapporto ((...) del contratto quadro), significherebbe (...) far perdere al contraente non inadempiente (cioè all'investitore) le utilità che pure il rapporto gli ha arrecato per transitarle a vantaggio del contraente inadempiente (nel caso di specie l'intermediario), in spregio chiaramente alla ratio dell'art. 1453 c.c.». In definitiva, sono tre i presupposti che la Corte pone a fondamento della risoluzione dei singoli ordini: l'inadempimento dell'intermediario deve essere di non scarsa importanza: la valutazione della non scarsa importanza deve essere compiuta nello specifico ambito dell'ordine rispetto al quale l'inadempimento si è verificato; l'inadempimento dell'intermediario non va confuso con l'esito dell'investimento a cui questo è relativo.

¹³ Osserva S. Pagliantini, La nullità di protezione come nullità selettiva? Occhio ai concetti (ricordando Francesco Carnelutti), cit., p. che «se diamo per buono che la causa delle attribuzioni patrimoniali risieda nel contratto-quadro, va da sé che la nullità di questo, in mancanza di una deroga testuale alle norme sull'indebito, travolgerà la totalità dei rapporti intercorsi tra investitore ed intermediario». Conseguentemente, «e quanto eseguito è tutto un prestato in esecuzione di un contratto nullo, il diritto alla ripetizione sorge per ambedue le parti, quale indebito per la mancanza di un titolo idoneo a stabilizzare, nella sfera di ogni accipiens, un pagamento non dovuto».

¹⁴ Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, cit. precisa che le reciproche restituzioni riguardano, in prima battuta, le somme investite e i titoli consegnati, e poi, in applicazione delle norme sull'indebito oggettivo, vengono in considerazione i dividendi e le cedole, costituenti frutti civili, dal giorno della percezione, se l'accipiens è in mala fede, o dal giorno della domanda, se in buona fede; qualora i titoli siano stati nel frattempo rivenduti a terzi, in applicazione dell'art. 2038 c.c., è dovuta la restituzione del corrispettivo conseguito o, in caso di vendita in male fede, del valore equivalente.

Alla base di tale impostazione, vi è, dunque, l'idea che la nullità formale (di protezione) del contratto quadro non possa ripercuotere le specificità del suo statuto sulle conseguenze restitutorie del rimedio, poiché queste ultime opererebbero su un piano diverso da quello della invalidità. Conseguentemente, l'investitore non potrebbe valersi del vantaggio connesso all'operatività del meccanismo protettivo di quest'ultimo rispetto alle restituzioni.

Ebbene, tale tesi si presta a criticità, come si vedrà a breve. In questa sede, giova ricordare che, tra coloro che hanno negato la legittimità dell'uso selettivo della nullità, vi è anche chi ha ritenuto di neutralizzare il problema invocando l'istituto della convalida. Sarebbe, cioè, possibile desumere una volontà sanante dall'esercizio selettivo della nullità: nello scegliere quali atti d'investimento caducare, l'investitore manifesterebbe, implicitamente, l'intenzione di continuare ad avvalersi dell'operazione negoziale stipulata in relazione ai restanti ordini non oggetto di domanda, con il conseguente effetto di convalidare la nullità del contratto quadro.

Questo orientamento si fonda su due argomenti. Da un lato, muove, dall'assunto – per la verità non condivisibile – secondo il quale, poiché la nullità di protezione è una nullità relativa, essa sarebbe assimilabile, sotto certi profili, all'annullabilità del contratto, cioè a una patologia la cui azione è a legittimazione ristretta e per la quale è prevista la convalidabilità ex art. 1444 c.c.¹⁵. Dall'altro lato, troverebbe conferma nel fatto che il divieto di convalida del contratto nullo posto dall'art. 1423 c.c. varrebbe per le sole ipotesi di nullità assoluta, mentre quelle di nullità relativa ricadrebbero nella riserva ivi prevista (la nullità non è convalidabile "se la legge non prevede diversamente") e sarebbero, quindi, sanabili¹⁶.



¹⁵ Cfr. E. Betti, voce Convalida o conferma del negozio giuridico, in Noviss. Dig. it., IV, Torino, 1960, p. 70 ss.; G. GIACOBBE, voce Convalida, in Enc. dir., X, Milano, 1962, p. 49 ss.; G. Piazza, La convalida nel diritto privato, I, La convalida espressa, Napoli, 1973; Id., La convalida tacita nel diritto privato, Napoli, 1980; G.B. Ferri, Il c.d. recupero del contratto invalido, in Riv. dir. comm., 1986, I, p. 1 ss.; M. Franzoni, Il recupero di efficacia del contratto invalido, in Dir. priv., 2000,

p. 113 ss.. $^{16}~\rm{A}$ favore dell'ammissibilità della convalida delle nullità di protezione, si sono espressi: S. PAGLIANTINI, Autonomia privata e divieto di convalida nel contratto nullo, Torino, 2007; S. POLIDORI, Nullità relativa e potere di convalida, in Rass. dir. civ., 2003, p. 931 ss.; S. Monticelli, La recuperabilità del contratto nullo, in Not., 2009, p. 174 ss.; G. Perlingieri, La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo, in AA.VV., Studi in onore di Giorgio Cian, II, Padova, 2010, p. 1901 ss.; G. BILÒ, Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore, in Riv. trim., 2011, p. 483 ss.; M. RIZZUTI, La sanabilità delle nullità contrattuali, Napoli, 2015.

dea che *«il requisito della forma scritta* ad substantiam per il contratto quadro non determina una modificazione della qualificazione giuridica della nullità che consegue all'inosservanza dell'obbligo di forma»²⁰.

Ne consegue che l'invalidità di singoli ordini può essere fatta valere, esclusivamente, dall'investitore e segue il regime proprio delle nullità di protezione. Sicché, il rimedio dovrebbe operare a vantaggio esclusivo del contraente debole, ai sensi dell'art. 36 cod. cons., essendo una diretta conseguenza dell'e-

suo favore.

Anzi, l'esposto orientamento interpretativo lega strettamente l'uso selettivo del rimedio alle peculiarità delle nullità protettive. A riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato: «L'uso selettivo della nullità è coerente con il peculiare regime giuridico delle nullità di protezione. L'investitore che non può interferire nella formazione del contratto a causa dell'asimmetria negoziale che ne costituisce una delle principali caratteristiche, è libero di decidere di avvalersi dell'eccezione di nullità e di limitarne gli effetti restitutori senza travolgere per intero gli investimenti eseguiti»²¹.

sercizio di un diritto predisposto dall'ordinamento in

Corollario di questa impostazione è che, per effetto della piena operatività, processuale e sostanziale, del regime giuridico della nullità di protezione, l'intermediario non può avvalersi in alcun modo delle conseguenze della dichiarazione di nullità; in particolare, egli non può far valere neppure gli effetti restitutori che possono scaturire a suo vantaggio da quest'ultima.

I sostenitori di questo orientamento osservano che la regola sull'indebito di cui all'art. 1422 c.c. in tanto può trovare applicazione, in quanto la legge non limiti, con norma inderogabile, la facoltà di far valere la nullità e i suoi effetti in capo a uno solo dei contraenti, come accade per le nullità di protezione. Ecco perché, nel caso di specie, l'intermediario non può agire per la ripetizione di indebito *ex* artt. 2033 e 1422 c.c.. Diversamente ragionando, infatti, l'investitore sarebbe posto in una posizione di ulteriore

Alla varietà degli argomenti addotti a sostegno della tesi negativa si contrappone, sul versante opposto, il "minimalismo" della tesi che ha ammesso, pacificamente, l'uso selettivo della nullità, senza, tuttavia, porsi il problema – ed è questo il suo limite, nella ricostruzione prospettata dalle odierne Sezioni Unite – del rischio dell'opportunismo rimediale.

L'orientamento favorevole ad ammettere, in via generale, l'uso selettivo della nullità ha ragionando sulla *ratio* protettiva sottesa all'art. 23 t.u.f.¹⁹, nell'i-



Sartoris

Anche l'illustrata impostazione ci appare molto discutibile – né sembra condivisa dalle odierne Sezioni Unite -, perché si lega al più generale e dibattuto problema della sanabilità delle nullità (di protezione)¹⁷. Non solo, ma essa appare ancora più radicale di quella che reputa illegittimo l'uso selettivo della nullità, in quanto esclude la possibilità stessa di configurare una domanda di nullità selettiva, assimilandola a un comportamento sostanzialmente sanante¹⁸.

¹⁷ In senso critico si esprimono: G. PASSAGNOLI, Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione, in Pers. e merc., 2012, 1, p. 24 ss., il quale esclude che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione di nullità possa implicare anche la rinunziabilità alla stessa o la sanabilità del contratto, fatta salva un'eccezionale deroga per gli effetti dell'art. 1423 c.c.; A. LA SPINA, Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata, Milano, 2012, p. 344 ss.; Sul problema specifico qui in esame, si veda G. BERTI DE MARINIS, Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa, cit., p. 612 ss., il quale, pur ritenendo illegittimo l'uso selettivo della nullità, esclude che la sanatoria del contratto sia realizzabile «attraverso un atto processuale con il quale, a ben vedere, si vuol far valere proprio la nullità del contratto (...). Desumere da tale atto la contraria volontà del cliente di sanare il vizio che invece intende far valere in giudizio, sembra un salto logico poco giustificabile se non nell'ottica (...) di voler punire e sanzionare l'investitore che agisce in giudizio tenendo una condotta

¹⁸ Invero, ci appare non persuasiva l'idea di riconnettere un effetto sostanziale di sanatoria del contratto a uno strumento prettamente processuale, quale l'azione di nullità. In particolare, l'impiego selettivo di questa azione è funzionale unicamente a evitare una sentenza che caduchi certi ordini, in modo tale che, rispetto a essi, si formi un giudicato di validità. Pertanto l'azione di nullità selettiva, lungi dal produrre un effetto sostanziale di sanatoria del contratto, produce effetti, al più, sul piano processuale, dando luogo a una convalida endo-processuale, nel senso che gli ordini in attivo rimangono in piedi come se il contratto quadro a monte fosse valido. Per una riflessione più estesa sul punto, sia consentito rinviare a C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela dell'investitore? Spunti di riflessione in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 771.

^{1&}lt;sup>9</sup> Cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1114 ss.; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1110 ss., con nota di A. Tucci, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331, in *www.ilcaso.it*; Cass, 3 gennaio 2017, n. 36, in *Rep. Foro it.*, 2017, *Contratti bancari* [1720], n. 25.

²⁰ Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit.. Secondo la Corte, poiché la nullità per difetto di forma del contratto quadro è una nullità di protezione, cioè è un rimedio posto a protezione specifica dell'investitore, allora, quest'ultimo ha la possibilità di eccepirla anche limitatamente «a taluni degli ordini di acquisto, a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto viziato (...) e dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio». D'altra parte «la rilevabilità d'ufficio, peraltro non incondizionata, delle nullità di protezione, affermata di recente dalle s.U. Nella sentenza n. 26242 del 2014, si limita a configurare la possibilità di estendere l'accertamento giudiziale anche a cause di nullità protettive non dedotte dalle parti senza tuttavia consentirne il rilievo anche ad atti diversi da quelli verso i quali la censura è rivolta».

²¹ Così sempre Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit..

svantaggio non compatibile con la ratio del rimedio: se trovasse applicazione il regime restitutorio ordinario, egli sarebbe dissuaso dal far valere il difetto di forma di alcuni ordini, perché le conseguenze economico-patrimoniali sarebbero per lui quasi sempre pregiudizievoli.

Ebbene, in questa prospettiva, sarebbe la stessa istanza protettiva sottesa alla nullità dell'art. 23 t.u.f. a consentire, senza limitazioni, l'uso selettivo della stessa da parte dell'investitore.

2.2. (segue) Le tesi intermedie.

Gli orientamenti illustrati, proprio per l'assolutezza delle posizioni espresse, non trovano accoglimento nella sentenza delle Sezioni Unite in commento. Stante la delicatezza degli interessi coinvolti, quest'ultima è tutta giocata, piuttosto, sulla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra due interessi contrapposti: l'effettività della tutela per gli investitori e l'efficienza dei mercati finanziari.

Per questi motivi, le Sezioni unite preferiscono concentrare la loro attenzione su quegli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali che, pur non escludendo l'astratta ammissibilità della nullità selettiva, hanno cercato di mettere a fuoco degli strumenti idonei a contemperare le predette esigenze, attraverso la previsione di limiti all'esercizio di questa facoltà. In particolare, per effetto della valorizzazione del principio di buona fede, quale criterio ispiratore dei rapporti contrattuali, vi è chi ha riconosciuto all'intermediario la possibilità di invocare l'exceptio doli generalis²², al fine di paralizzare l'abuso dello

²² Per un approfondimento sulla figura dell'exceptio doli generalis, si vedano: A. BURDESE, voce "Exceptio doli" (diritto romano), in Noviss. Dig. it., VI, Torino, 1960; G.L. PELLIZZI, voce "Exceptio doli" (diritto civile), in Noviss. Dig. it., VI, Torino, 1960, p. 1074 ss.; A. TORRENTE, Eccezione di dolo, in Enc. dir., XIV, Milano, 1965, p. 218 ss.; L. NANNI, L'uso giurisprudenziale dell' "exceptio doli generalis", in Contr. e impr., 1986, p. 197 ss.; F. RANIERI, voce Eccezione di dolo generale, in Dig. disc. priv., sez. civ., VII, Torino, 1994; A. DOLMETTA, "Exceptio doli generalis", in Banca borsa e tit. cred., 1998, I, p. 147 ss.; AA.VV., L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006; V. MANNINO, Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed "exceptio doli generalis", in Eur. dir. priv., 2006, p. 1283 ss.; G. MERUZZI, L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale, Padova, 2005; T. Della MASSARA, L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema, in Riv. dir. civ., 2008, 2, p. 223 ss.. L'exceptio doli generalis ha trovato riconoscimenti anche a livello giurisprudenziale: Cass., 24 aprile 1991, n. 4519, in Arch. civ., 1991, p. 798 ss.; Cass., 6 aprile 1998, n. 3552, in Giur. it., 1999, I, p. 502 ss.; Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in Riv. not., 1999, II, p. 1271 ss.; Trib. Udine, 10 settembre 1999, in Nuova giur. civ. comm., con nota di C. MARSEGLIA, Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis; Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, in Contr., 2006, p. 1115; Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in

strumento di protezione. Tale impostazione muove, infatti, dal riconoscimento della centralità della buona fede «come criterio valutativo della regola contrattuale»²³.

Riconoscere la possibilità, a favore dell'intermediario, di esperire l'eccezione di dolo ha sollevato, però, il dibattito sulla questione della compatibilità tra il peculiare regime delle nullità protettive nei contratti d'intermediazione finanziaria e l'opponibilità dell'eccezione. A riguardo, tuttavia, l'opinione prevalente ha evidenziato che le nullità di protezione costituiscono una diretta attuazione di principi costituzionali, primi tra tutti il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 3 Cost. e il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. e la tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.. Corollario di ciò è reputata «la concorrente operatività del principio di buona fede come criterio arginante l'uso arbitrario dello strumento di tutela». Sicché, muovendo da queste premesse si è arriva alla conclusione che «la mera invocazione di effetti selettivi da parte del cliente non può giustificare di per sé – pena lo svuotamento e la vanificazione della funzione delle nullità di protezione e della connessa tutela giurisdizionale – l'automatica opponibilità da parte dell'intermediario dell'exceptio doli generalis». Al contrario, l'eccezione di dolo in tanto può essere proposta dall'intermediario, in quanto risulti che l'investitore abbia posto in essere una condotta soggettivamente connotata da mala fede o frode ovvero preordinata alla produzione di un pregiudizio per l'intermediario.

L'impostazione illustrata, tuttavia, è stata criticata da coloro che hanno ritenuto necessario non incentrare l'analisi esclusivamente sulla buona fede in senso soggettivo, predicando, piuttosto, la valutazione anche del profilo oggettivo della vicenda, cioè l'esistenza di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio per un solo contraente.

Contr., 2007, p. 971 ss., con nota di C. ROMEO, Il commento a Cass., 7 marzo 2007, n. 5273; in Contr e impr., 2007, p. 1371 ss., con nota di G. MERUZZI, Il fondamento sistematico dell' "exceptio doli" e gli "obiter dicta" della Cassazione; Cass., 20 marzo 2009, n. 6896, in Mass. Giust. civ., 2009, p. 502 ss.; Trib. Torino, 16 marzo 2009, in Dir. comm. int., 2009, p. 462



²³ Così Cass., 17 maggio 2017, nn. 12388-12390, cit.. A riguardo, taluni hanno valorizzato a tal punto il rilievo della buona fede da ammettere che l'exceptio doli generalis possa essere invocata in via generale e astratta dall'intermediario, ogniqualvolta l'investitore proponga un'azione di nullità selettiva. Tanto sull'assunto che l'uso selettivo della nullità di protezione determini sempre la violazione del canone di buona fede. Così ragionando, si finisce, tuttavia, per ricadere nell'impostazione più rigorosa (in senso negativo) sopra illustrata. Per questo essa non viene presa in considerazione dall'odierno decisum.

Si è così delineato un orientamento propenso a invocare la teoria dell'abuso del diritto²⁴, in forza della quale, l'intermediario potrebbe stigmatizzare la condotta di colui che, titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, al solo scopo di conseguire risultati diversi o ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri sono attribuiti. In questa chiave, la richiesta dell'investitore di limitare l'invalidazione soltanto agli ordini in perdita concretizzerebbe l'esercizio di un potere esorbitante le facoltà spettanti al legittimato attivo all'azione di nullità (di prote-

²⁴ Sul tema più generale dell'abuso del diritto, si richiamano, tra i numerosi contributi: S. ROMANO, Abuso del diritto, in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 166 ss.; P. RESCIGNO, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, I, p. 205 ss.; G. CATTANEO, Buona fede obiettiva e abuso del diritto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 18 ss.; A. GAMBARO, L'abuso del diritto di azione, in Resp. civ. e prev., 1983, p. 821 ss.; P. Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1984, p. 643 ss.; S. PATTI, Abuso del diritto, in Dig. disc. priv., sez. civ., I, Torino, 1987, p. 4 ss.; C. SALVI, Abuso del diritto, in Enc. giur. Treccani, I, Roma, 1988, p. 3 ss.; P. Perlingieri, P. Femia, Nozioni introduttive e principi fondamentali di diritto civile, 2, Napoli, 2004, p. 142 ss.; M. MESSINA, Abuso del diritto, Napoli, 2004; V. ASTONE, L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale, in Giur. merito, 2007, 12, p. 8 ss.; M. Pennasilico, Abuso del diritto e regime dei rimedi, in Gazz. not., 2008, p. 437 ss.; G. DE CRISTOFARO, Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali, in Giusto proc. civ., 2009, p. 993 ss.; G. VETTORI, L'abuso del diritto, in Obbl. e contr., 2010, p. 168 ss.; AA.Vv., Abuso del diritto e buona fede nei contratti, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010; G. D'AMICO, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, in Contr., 2010, I, p. 15 ss.; R. Sacco, Abuso del diritto, in Dig. disc. priv., sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012; M. Barcellona, L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico, in Riv. dir. civ., 2014, II, p. 467 ss.; G. Alpa, Appunti sul divieto di abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri, in Contr. e impr., 2015, p. 145 ss.. In giurisprudenza, si vedano: Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in Foro it., 1997, I, p. 1263 ss.; Cass., 15 luglio 2000, n. 9321, in Rep. Giur. it., 2000, voce "Contratti bancari", p. 92 ss.; Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in Foro it., 2004, I, p. 1845 ss.; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in Foro it., 2010, I, p. 85 ss.; in Obbl. e contr., 2012, 4, p. 245 ss., con nota di F. ADDIS, Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"; in Giur. comm., 2012, V, p. 834 ss., con nota di L. Delli PRISCOLI, Abuso del diritto e mercato; in Resp. civ. e prev., 2010, p. 354 ss., con nota di A. Gentili, Abuso del diritto e uso dell'argomentazione; in Riv. dir. civ., 2010, II, p. 147 ss., con nota di M. ORLANDI, Contro l'abuso del diritto; Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, in Giur. it., 2011, 4, con nota di P. RESCIGNO, Un nuovo caso di abuso del diritto; Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, in Giust. civ. mass., 2013; Cass., 24 agosto 2016, n. 1729, in Nuova giur. civ. comm., 2017, 1, p. 24 ss., con nota di F. SCAGLIONE, L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto; Cass., 12 dicembre 2017, n. 29792, in www.dirittobancario.it; Cass., 15 giugno 2018, n. 15885, in Riv. giur. del lav. e della prev. soc., 2018, 4, p. 490 ss., con nota di E. Erario Boccafurni, Il trasferimento dei lavoratori e l'abuso del diritto.

zione); l'abuso sussisterebbe ogni volta in cui dall'esperimento di quest'ultima derivasse un sacrificio iniquo per l'intermediario finanziario²⁵.

Attraverso la teoria dell'abuso del diritto, l'orientamento in esame riconosce al professionista la possibilità di tutelarsi con l'exceptio doli generalis, per ottenere «la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe – in ragione di una condotta abusiva – sostanzialmente iniqua».

Ebbene, le illustrate teorie "intermedie", pur muovendo da premesse parzialmente differenti – la valorizzazione della buona fede in senso soggettivo, da un lato, la teoria dell'abuso del diritto, dall'altro – sono accomunate dalla medesima impostazione di fondo e dai medesimi esiti della rispettiva riflessione. In entrambi gli approcci, la dottrina e la giuri-sprudenza non escludono, a priori, la possibilità di selezionare gli effetti della nullità, ma avvertono la necessità di porre dei limiti all'esercizio di questo potere spettante al contraente protetto.

Come si vedrà, la soluzione prospettata oggi dalle Sezioni Unite non si allontana troppo da queste riflessioni.

3. La soluzione delle Sezioni Unite.

Con la sentenza n. 28314/2019, le Sezioni Unite respingono le tesi che prescindono del tutto dalla considerazione del principio della buona fede, a causa dell'assolutezza delle posizioni, estreme, da esse predicate, tanto nel senso di negare in radice la legittimità dell'uso selettivo della nullità, quanto nel senso di considerare legittima quell'azione senza alcuna limitazione.

L'intera decisione, invero, ruota tutta attorno alla valorizzazione del principio di buona fede, reputato il "criterio ordinante" al quale improntare la soluzione della questione. Sotto questo profilo, l'attenzione dei giudici si concentra, principalmente, sulle tesi intermedie testé esposte, pur precisando che la buona fede vada assunta come criterio non del tutto coincidente neppure con le illustrate declinazioni dell'exceptio doli generalis e dell'abuso del diritto.

Stante la delicatezza degli interessi in gioco, la soluzione oggi prospettata dalle Sezioni Unite si muove alla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra le richiamate contrapposte esigenze. Sicché, la decisione, in prima battuta, ammette la possibilità, per l'investitore, di usare selettivamente la nullità, scegliendo gli ordini da caducare. Ma, nel contempo, i giudici chiariscono anche i presupposti e i li-

²⁵ Cfr. Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, cit.; Cass., 15 giugno 2018, n. 15885, cit..



miti operativi del rimedio, premurandosi di riconoscere all'intermediario uno strumento di tutela processuale, nel caso in cui la selezione degli effetti della nullità operata dall'investitore determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno.

Giova, dunque, approfondire quali siano gli ar-| 78 gomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno di questa posizione.

3.1. (segue) Primo argomento: lo statuto delle nullità con funzione protettiva.

La decisione in commento ci sembra di particolare interesse non solo per la soluzione fornita rispetto alla questione specifica che ne costituisce l'oggetto, ma anche per le importanti riflessioni che suggerisce circa l'evoluzione dello statuto della nullità. A sostegno della legittimità dell'uso selettivo del rimedio, le Sezioni Unite pongono, infatti, un primo argomento di sistema, relativo all'analisi delle peculiarità delle nullità di protezione²⁶.

Non vi è dubbio che la nullità del contratto di intermediazione finanziaria per mancanza di forma

²⁶ Con riferimento al rimedio della nullità di protezione, la letteratura che lo studia è amplissima: G.B. FERRI, Nullità parziale e clausole vessatorie, in Riv. dir. comm., 1977, I, p. 1 ss.; G. PASSAGNOLI, Nullità speciali, Milano, 1995; G. DE NOVA, Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto, in Riv. dir. civ., 1996, II, p. 482 ss.; S. Polidori, Discipline della nullità e interessi protetti, Napoli, 2001; S. Monticelli, Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio, in Riv. dir. priv., 2002, p. 685 ss.; G. FILANTI, Nullità (nullità speciali), in Enc. giur. Treccani, XXI, Roma, 2004; V. Scalisi, Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione, in Riv. dir. civ., 2005, I, p. 459 ss.; F. DI MARZIO, Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore, in Riv. dir. priv., 2005, p. 837 ss.; M. MANTOVANI, Le nullità e il contratto nullo, in Tratt. contr. Roppo, IV, Rimedi, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 155 ss.; V. Mele, La nullità di protezione, in G. Vettori (a cura di), Contratti e tutela dei consumatori, Torino, 2007; M. GIROLAMI, La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale, in Le forme della nullità, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 73 ss.; G. D'AMICO, Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità), in Contr., 2009, 7, 732 ss.; G. Perlingieri, La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici, Napoli, 2010; I. Prisco, Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio, Napoli, 2012; A. La Spina, Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata, Milano, 2012; A. D'ADDA, Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto, in Contr., 2013, 1, 16 ss.; R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in Eur. e dir. priv., 2014, 4, p. 1141 ss; S. PAGLIANTINI, Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative, in Pers. e merc., 2015, 2, p. 216 ss..

scritta ex art. 23 sia una nullità con funzione protettiva. Si tratta di una tipica ipotesi di c.d. neoformalismo negoziale²⁷, cioè di una prescrizione sulla forma del contratto funzionale ad assicurare la trasparenza di un rapporto contrattuale strutturalmente asimmetrico, in vista della protezione dell'investitore. Ne consegue che la nullità del contratto per violazione del requisito di forma-trasparenza è una reazione «che non può assumere i contorni regolamentari degli artt. 1418 ss. c.c., dovendo più esattamente rivolgersi alla protezione del consumatore che è il solo soggetto legittimato a farne uso»²⁸.

Sennonché, l'art. 23 t.u.f. è muto circa i profili di disciplina di questa nullità speciale, limitandosi a prevedere che il contratto privo di forma scritta è nullo (comma 1) e che "la nullità può essere fatta valere solo dal cliente" (comma 3), cioè la legittimazione all'azione è riservata solo a quest'ultimo, trattandosi di rimedio predisposto a sua specifica ed esclusiva protezione. Niente, invece, viene previsto quanto alla rilevabilità d'ufficio o alla operatività "a

²⁷ Il tema del c.d. neoformalismo negoziale e del rapporto con la prescrizione formale del codice civile è oggetto di numerosi studi di dottrina, tra cui si ricordano: M. GIORGIANNI, Forma degli atti (dir. priv.), in Enc. dir., XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.; G.B. Ferri, Forma e autonomia negoziale, in Quad., 1987, p. 327 ss.; P. Perlingieri, Forma dei negozi e formalismo degli interpreti, Napoli, 1987; R. AMAGLIANI, Profili della forma della nuova legislazione sui contratti, Napoli, 1999; D. VALENTINO, Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale, Napoli, 1999; A.M. SINISCALCHI, Profili della nullità formale, Milano, 2000; F. Di MARZIO, Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti, in Riv. crit. dir. priv., 2001, p. 396 ss.; M. MESSINA, "Libertà di forma" e nuove forme negoziali, Torino, 2004; E. MORELATO, Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo, Padova, 2006; B. PASA, La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto, Napoli, 2008; S. LANDINI, Formalità e procedimento contrattuale, Milano, 2008; S. PAGLIANTINI, Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti, Pisa, 2009; ID., voce Neoformalismo contrattuale, in Enc. dir., Annali, V, Milano, 2012, p. 772 ss.; L. Modica, Formalismo negoziale e nullità, in Le invalidità di diritto privato, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 451 ss.; F. Addis, "Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole, in M. Pennasilico (a cura di), Scritti in onore di Lelio Barbiera, Napoli, 2012; S. POLIDORI, Forme legali poste a protezione dei consumatori: funzioni e discipline, in Rass. dir. civ., 2013, p. 119 ss.; G. Berti De Marinis, La forma de contratto nel sistema di tutela del contraente debole, Napoli, 2013; G. TARANTINO, Forma dei contratti e tutela degli interessi dei contraenti, in Nuova giur. civ. comm., 2014, I, p. 858 ss.; P. GAGGERO, Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale, in Contr. e impr., 2016, p. 1463 ss..

²⁸ Così G. VETTORI, Contratto e rimedi, Milano, 2017, p. 367, il quale precisa che il vincolo formale, nell'ambito dei contratti asimmetrici, risulta molto più pervasivo rispetto a quello previsto nell'impianto codicistico, in quanto investe, volta a volta, la determinazione di un contenuto minimo essenziale, quasi sempre di natura informativa, diretto a condizionare il valido perfezionamento del contratto, così da assicurare al contraente debole di ricostruire agevolmente i suoi contenuti.



vantaggio" del rimedio, differentemente dal dettato dell'art. 36 cod. cons.²⁹. Da qui, la connessa difficoltà di strutturare in termini unitari la figura della nullità speciale, in quanto non sempre tutti i requisiti di disciplina previsti dall'art. 36 cod. cons. ricorrono nelle altre ipotesi di nullità con funzione protettiva³⁰.

Per risolvere il problema della definizione dello statuto delle nullità speciali, oggi, non è più possibile prescindere dalle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema. In particolare, le Sezioni Unite, nella sentenza in esame, affermano un primo punto fermo: il testo dell'art. 23 t.u.f. deve essere letto e interpretato in modo costituzionalmente orientato e coerentemente con i principi del diritto comunitario, così da non escluderne né il rilievo d'ufficio, né l'operatività a vantaggio esclusivo del cliente. Ciò nella convinzione che i citati profili di disciplina, pur non essendo espressamente previsti dal testo dell'art. 23 t.u.f., siano da considerarsi propri di tutte le ipotesi di nullità con funzione protettiva, per effetto dei principi enunciati dal precedente a Sezioni Unite del 2014³¹.

Se quanto esposto trova, oramai, pacifico accoglimento presso gli interpreti, lo stesso discorso non vale per l'altro profilo di disciplina contemplato dall'art. 36 cod. cons.. I giudici prendono atto che la parzialità necessaria pone ben diversi problemi di adattamento rispetto a una fattispecie come quella dell'art. 23 t.u.f., in cui si predica una nullità che coinvolge l'intero regolamento contrattuale, non singole parti o clausole. Da qui, il conseguente problema di come conciliare la "vocazione funzionale alla correzione parziale del contratto"³² con l'attitudine delle nullità formali a travolgere l'intero regolamento. Anzi, secondo le Sezioni Unite, è proprio "questo ampliamento dell'ambito di applicazione delle nullità di protezione a costituire il nucleo problematico della questione"³³.

A ciò si aggiunga che la nullità in esame riguarda fattispecie in cui l'impegno contrattuale assume una "conformazione bifasica" (contratto quadro a cui seguono singoli ordini di investimento)³⁴, la

³⁴ Il contratto quadro e i singoli ordini di investimento rappresentano le parti di una operazione negoziale complessa, strutturata su più livelli e destinata a svolgersi in varie fasi consecutive. All'interno di questa costruzione, il contratto quadro è, in parte, assimilabile a un contratto c.d. normativo, in quanto atto in cui vengono dettate le regole di disciplina dell'intero rapporto di intermediazione finanziaria. Da questo schema, tuttavia, si allontana perché presenta anche profili obbligatori, normalmente estranei al contratto normativo, essendo fonte dell'obbligo per l'intermediario di dare esecuzione ai successivi ordini di investimento. Per questo motivo, taluni preferiscono inquadrare la fattispecie nello schema del contratto di mandato. Mentre i singoli ordini di investimento impartiti dall'investitore, a nostro avviso, costituirebbero veri e propri negozi giuridici aventi carattere non meramente esecutivo del contratto a monte, bensì dotati di un contenuto imprescindibile volto a specificare e concretizzare i diritti e gli obblighi reciprocamente assunti dalle parti in via generale con la stipulazione del contratto a monte. La ricostruzione dei rapporti tra tali negozi è, dunque, molto discussa. Per la teoria del rapporto di mandato, si vedano: F. GALGANO, Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione, in Contr. e impr., 2008, p. 1 ss.; ID., Il contratto di intermediazione finanziaria, in Le nuove regole del mercato finanziario, Padova, 2009, p. 235 ss.; R. PALMIERI, Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale, in Giur. comm., 2005, II, p. 517 ss. In giurisprudenza, la tesi è accolta da: Trib. Catania, 21 ottobre 2005; Trib. Firenze, 29 maggio 2006; Trib. Parma 21 marzo 2007, tutte reperibili in www.ilcaso.it.. Per la teoria del contratto normativo, si vedano: V. ROPPO, La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione, in Danno e resp., 2005, p. 627 ss.; A. LUMINOSO, Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore, in Resp. civ. e prev., 2007, p. 1426 ss.; A. GENTILI, Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite, in Contr., 2008, 4, p. 396 ss.; V. SANGIOVANNI, Mancato aggiornamento del contratto-quadro e nullità sopravvenuta, in Contr., 2008, 7, p. 661 ss.; G. D'ALFONSO, Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori, in Resp. civ., 2008, p. 12 ss.; I Della Vedova, Sulla forma degli ordini di borsa, in Riv. dir. civ., 2010, 2, p. 161 ss.. In giurisprudenza la tesi è stata accolta da: Cass., 9 gennaio 2004, n. 111, in Mass. Giust. civ., 2004, p. 1 ss.; Cass., 20 dicembre 2005, n. 28260, in Mass. Giust. civ., 2005, p. 12 ss.; Cass., 29 gennaio 2009, n. 3773, in Danno e resp., 2009, p. 503 ss.. Per una ricostruzione



²⁹ Cfr. A. Fici, sub art. 36, in E. Gabrielli (a cura di), Commentario al codice del consumo, Torino, 2011; S. Pagliantini, L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 2, p. 407 ss.; P. Sirena, La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziario (ABF), in Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13, a cura di A. Bellelli, L. Mezzasoma, F. Rizzo, Napoli, 2014; L. Valle, La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale, in Contr. e impr./Europa, 2014, 1, p. 100 ss..

³⁰ Non sempre, infatti, tutte le norme sono chiare nel senso di contemplare espressamente o la legittimazione relativa o il potere officioso del giudice o l'operatività a vantaggio di un contraente. Si pensi a fattispecie quali l'art. 67 septesdecies, comma 5, cod. cons.; l'art. 23, comma 3, e l'art. 30 ., l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 122/2005. Altre volte, addirittura, il legislatore sembra lasciare all'interprete la scelta in ordine al profilo della legittimazione e al potere di rilevazione giudiziale, non prevedendo alcunché su entrambi, come nell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 231/2002. Cfr. R. Alessi, Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse, in Jus civile, 2013, 7, p. 388 ss..

³¹ Si legge nella sentenza Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, cit.: «La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua di indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, come una "species" del più ampio "genus" rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) - trascendono quelli del singolo».

 $^{^{32}}$ Così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28413, cit., parag. n. 15.2.

³³ Così sempre Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28413, cit., parag. n. 15.2.

quale influenza, inevitabilmente, il suo regime applicativo. D'altra parte, benché il vincolo formale prescritto dall'art. 23 t.u.f. riguardi solo il contratto quadro, salva diversa disposizione contrattuale voluta dalle parti, in quanto è nel contratto quadro che "si cristallizzano gli obblighi dell'intermediario che | 80 il legislatore ha inteso rendere trasparenti"35, è vero anche che gli ordini di investimento, in tanto hanno un significato, in quanto, a monte, vi sia un contratto valido ed efficace.

Ebbene, il nodo problematico in esame viene risolto dalle Sezioni Unite proprio ragionando su un concetto nuovo e diverso, quello di selettività, appunto. Il profilo della parzialità necessaria, carente nelle ipotesi di nullità formale, sembrerebbe superato dal modulo operativo della selettività, ossia dala selezione degli effetti della nullità del contratto quadro rispetto agli ordini a valle, che concorrono a comporre questa fattispecie negoziale complessa.

3.2. (segue) Secondo argomento: la valorizzazione del principio di buona fede.

Una volta chiarita la ratio della nullità formale dell'art. 23 t.u.f. e il collegamento tra protezione e selettività del rimedio, le Sezioni Unite enunciano il suo stretto legame con il principio di buona fede³⁶.

analitica delle varie posizioni sul tema, sia consentito rinviare a C. SARTORIS, Vincolo di forma unilaterale: punti fermi e nuove *questioni*, in *Pers. e merc.*, 2019, 1, p. 8 ss.. ³⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28413, cit., parag.

n. 15.2. Secondo i giudici, è per i contratti bancari e per i contratti di investimento che si pone in concreto l'interrogativo della legittimità e della liceità dello strumento delle nullità selettive. In particolare, è la conformazione bifasica dell'impegno negoziale assunto dalle parti a determinare l'insorgenza delle criticità applicative del regime delle nullità di protezione.

³⁶ Gli studi sulla rilevanza e la centralità della clausola di buona fede in materia contrattuale sono innumerevoli. Si vedano, in particolare: S. Rodotà, Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice, in Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole (Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969), Milano, 1970; U. BRECCIA, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Milano, 1968; L. BIGLIAZZI GERI, Buona fede nel diritto civile, in Dig. civ., II, Torino, 1988; V. CARBONE, La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale, in Corr. giur., 1994, p. 566 ss.; S. Whittaker, R. Zimmerman, (a cura di), Good Faith in European Contract Law, Cambridge, 2000; F.D. BUSNELLI, Note in tema di buona fede ed equità, in Riv. dir. civ., 2001, 1, p. 541 ss.; G. VETTORI, Buona fede e diritto europeo dei contratti, in Eu. dir. priv., 2002, 4, p. 924 ss.; ID., L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR), in Riv. dir. priv., 2008, p. 683 ss.; M. BARCELLONA, La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002; ID., Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, Torino, 2006; AA.Vv., Il ruolo

Secondo i giudici, non vi è dubbio che la buona fede, così come sostenuta dai principi solidaristici di matrice costituzionale, operi in relazione agli interessi dell'investitore³⁷. Tanto avviene sia mediante la predeterminazione legislativa delle fattispecie di nullità di protezione, predisposte a suo esclusivo vantaggio, e in funzione di riequilibrio generale e astratto delle condizioni negoziali garantite; sia mediante la costruzione di un sistema di obblighi informativi a carico dell'intermediario finanziario.

Tuttavia, non si deve credere che gli obblighi integrativi derivanti dalla buona fede vincolino solamente il contraente professionista. Piuttosto, nella prospettiva patrocinata dalle Sezioni Unite, è necessario garantire un'applicazione "trasversale" di questa clausola generale, anche nei contratti, come quelli in esame, "caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall'autonomia contrattuale", volte a proteggere il contraente in posizione di strutturale squilibrio rispetto all'altro.

Ciò significa ipotizzare «un obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente al fine di conformare gli investimenti

della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003; A. D'ANGELO, La buona fede, in M. Bessone (a cura di), in Trattato di diritto privato, vol. XIII, tomo IV, Torino, 2004; E. NAVARRETTA, Buona fede e meritevolezza nel diritto contrattuale europeo, in Eu. dir. priv., 2012, 4, p. 974 ss.; G. FACCI, La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede, in Contr. e impr., 2012, 6, p. 1415 ss.; G. VILLANACCI, Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica, in Contr. e impr., 2013, 4-5, p. 917 ss.; F. PIRAINO, La buona fede in senso oggettivo, Torino, 2015.

³⁷ È stato autorevolmente osservato che la fattispecie della nullità di protezione è «intrinsecamente rivolta a realizzare uno specifico e puntuale obiettivo di solidarietà sociale: propriamente intendendo sbilanciare, così, la disciplina normativa di un rapporto-tipo a favore di una determinata categoria di soggetti», ai sensi dell'art. 2 Cost., a cui si aggiunge, quale fondamento costituzionale, nel caso di investimenti in prodotti finanziari, l'art. 47 Cost. Così A. Dolmetta, "Exceptio doli generalis", cit., p. 189. A riguardo, A. VALITUTTI, Nullità selettiva, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Il contratto di intermediazione finanziaria privo di forma scritta: nullità selettiva o abuso del diritto?", (organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e svoltosi presso la Corte Suprema di Cassazione il 13 febbraio 2019), p. 8, aggiunge che «il criterio normativo della "operatività a vantaggio", che fonda e distingue la natura protettiva della struttura rimediale, fa, dunque, assurgere il vantaggio concreto del contraente protetto al livello di presupposto legale di attivazione della tutela in giudizio. Per il che il rapporto tra nullità e tutela viene ad atteggiarsi in subiecta materia in un modo del tutto peculiare, in conseguenza della particolare conformazione della nullità in parola».



alle sue caratteristiche, alle sue capacità economiche e alla sua propensione al rischio»³⁸.

La configurazione di tale obbligo di lealtà dell'investitore implica, dunque, due corollari applicativi. Innanzitutto, la nullità di protezione dell'art. 23 t.u.f. può essere fatta valere solo dal contraente da proteggere e deve operare a suo vantaggio, così come può/deve essere rilevata d'ufficio dal giudice. Secondariamente, la nullità può essere usata finanche in modo selettivo da parte dell'investitore, ma la sua operatività non può mai essere arbitraria; tutto al contrario, «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente»³⁹.

³⁸ Così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., parag. n. 16. E' pacifico che l'intero sistema delle relazioni interprivatistiche risulti ispirato al principio costituzionale di solidarietà sociale, di cui la buona fede costituisce specificazione. In particolare, la solidarietà sociale può essere considerata «una regola di chiusura nella misura in cui garantisce da un lato la realizzazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti e dall'altro l'allineamento del regolamento contrattuale alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento» (cfr. F. CARINGELLA, Studi di diritto civile, vol. III, Obbligazioni e responsabilità, Milano 2004, p. 7-8). Nel quadro del principio di solidarietà, dunque, la buona fede svolge una duplice funzione: è un criterio di integrazione del contratto e, nel contempo, è un limite per le pretese delle parti contraenti. È altrettanto pacifico che, di regola, la buona fede operi in una duplice direzione, cioè vincoli sia il creditore, affinché non abusi del suo diritto, sia il debitore, affinché adempia la prestazione assunta e salvaguardi gli interessi della controparte. Tanto è vero che anche nelle obbligazioni con prestazioni a carico di una sola parte ex art. 1333 c.c., benché il vincolo prestazionale gravi su una sola delle parti, gli obblighi di correttezza comportamentale si rivolgono sempre a entrambe. Cfr. G. ALPA, Pretese creditorie e normativa di correttezza, in Riv. dir. comm., 1971, II, p. 288 ss.; E. DELL'AQUILA, La correttezza nel diritto privato, Milano, 1980, p. 67 ss.; M. CANTILLO, Le obbligazioni, I, in Giur. sist. dir. civ. comm., diretto da W. Bigavi, Torino, 1992, p. 219 ss.; C.M. BIANCA, Diritto civile, vol. IV, Milano, 1994, p. 87 ss.; F. CARINGELLA, Studi di diritto civile, cit., p. 8 ss.; L'aspetto rilevante della odierna riflessione delle Sezioni Unite in commento consiste nell'aver chiarito che il carattere bilaterale del dovere di correttezza e buona fede non trova attenuazione neppure nell'ambito di rapporti strutturalmente asimmetrici, come quelli tra intermediario finanziario e investitore. Anche il comportamento di quest'ultimo, dunque, nel momento in cui propone l'azione processuale spettantigli e prevista a suo specifico vantaggio, è obbligato a tenere comportamenti solidaristici che precludano un uso distorsivo del rimedio.

³⁹ Così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., parag. n. 22.2. Sulla funzione integrativa e correttiva della buona fede in materia di obbligazioni e contratti, cfr.: S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 ss.; G. Alpa, *Pretese creditorie e normativa di correttezza*, cit., p. 279 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, Milano, 1974, p. 38 ss.; C.M. Bianca, *La buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 154 ss.; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Schelesinger*, Milano, 1999, p. 165 ss..

Così ragionando, le Sezioni Unite affermano chiaramente che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto delle nullità di protezione, ma anzi è connaturato a quest'ultimo; anche perché, ove la selettività venisse stigmatizzata in sé come sempre contraria a buona fede, si determinerebbe un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giudico delle nullità di protezione. Questa considerazione ci pare meritevole di essere segnalata: essa chiarisce l'astratta misura di compatibilità tra selettività e azione di nullità, nella convinzione che la prima costituisca un profilo di disciplina intrinsecamente legato alla ratio protettiva della seconda, ogniqualvolta il rimedio non possa operare secondo il canone della parzialità necessaria. Ma le Sezioni Unite non si fermano a tale valutazione di compatibilità e precisano che la legittimità dell'uso selettivo del rimedio esige una costante verifica circa il rispetto del canone della buona fede, quale fondamento ultimo e, nel contempo, limite al suo esercizio.

3.3. (segue) La nullità selettiva tra protezione e buona fede.

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite muove, dunque, dall'analisi della *ratio* della nullità formale e dal suo fondamento costituzionale nel principio di solidarietà sociale.

Giova precisare, tuttavia, che, secondo le Sezioni Unite, la buona fede, in questa materia, non va interpretata in senso meramente soggettivo, cioè non implica il solo riscontro dell'intento dolosamente preordinato a determinare effetti pregiudizievoli per la controparte. Tutto al contrario, «al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all'uso selettivo delle nullità di protezione, è necessario anche (...)» compiere una indagine di stampo prettamente oggettivo⁴⁰. Si impone, cioè, "un esame degli investimenti complessivamente eseguiti" dalle parti del rapporto contrattuale. Le Sezioni Unite indicano anche come vada condotto tale esame: si tratta di effettuare una comparazione tra gli investimenti oggetto dell'azione di nullità derivante dal vizio di forma del contratto quadro e gli investimenti esclusi dalla domanda giudiziaria. Solo per tale via sarebbe possibile riscontrare se permanga o meno un pregiudizio per l'investitore corrispondente al petitum

All'esito dell'illustrato esame, dunque, possono darsi due situazioni diverse.

⁴⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., parag. n. 22.3.



Se gli ordini non colpiti dall'azione di nullità selettiva hanno prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel petitum, si versa in un'ipotesi di arbitrario esercizio del rimedio in forma selettiva, non giustificato alla luce del principio di buona fede. Se, al contrario, gli ordini 82 non colpiti dall'azione di nullità selettiva hanno prodotto risultati positivi, ma inferiori all'entità del pregiudizio determinato nel petitum, allora, entro il limite del pregiudizio subito dall'investitore, l'azione non contrasta con la buona fede.

In questa prospettiva, il problema dell'uso selettivo della nullità ha ragione di porsi solamente nella prima ipotesi, perché è in quel solo caso che la peculiare modalità di esercizio del rimedio determina un sacrificio economico sproporzionato a carico dell'intermediario. Tale situazione non è tollerata dall'ordinamento, contrastando con i principi costituzionali di solidarietà e di uguaglianza sostanziale. Sicché, la diretta operatività di questi ultimi esige, per il tramite della buona fede in materia contrattuale, che la nullità di protezione operi «anche in fun*zione di riequilibrio endocontrattuale*⁴¹.

Lo strumento processuale concretamente idoneo a ripristinare l'equilibrio è rappresentato, secondo le Sezioni Unite, dall'exceptio doli generalis⁴². Viene, dunque, in considerazione una figura già patrocinata da taluni orientamenti giurisprudenziali, come visto in precedenza, benché ora venga chiamata a operare in un orizzonte interpretativo affatto diverso. Limitatamente all'ipotesi da ultimo descritta, l'intermediario può opporre un'eccezione – oggetto di specifica allegazione - diretta a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva. In particolare, quando il petitum è pari o inferiore ai vantaggi conseguiti dall'investitore, l'effetto impeditivo

dell'eccezione è integrale, mentre quando i vantaggi sono di esito inferiore al pregiudizio determinato dal petitum, l'effetto impeditivo è solamente parziale.

Così statuendo, le Sezioni Unite escludono che l'intermediario possa avvalersi degli effetti processuali e sostanziali diretti dell'azione di nullità selettiva, essendogli è preclusa la possibilità di agire in via riconvenzionale o autonoma per ottenere le restituzioni di cui agli artt. 1422 e 2033 cc... Il rimedio, infatti, opera solo a favore dell'investitore. Nel contempo, tuttavia, gli stessi principi costituzionali sottesi al regime protettivo della nullità impongono di riequilibrare il rapporto, laddove l'esercizio arbitrario del rimedio, da parte dell'investitore, realizzi uno squilibrio al contrario, non giustificato dall'ordinamento.

4. Primi spunti di riflessione.

Innumerevoli sono gli spunti di riflessione offerti dalla sentenza in commento, a partire dalla ribadita centralità del ruolo della buona fede in materia contrattuale, nonché dallo stretto legame tra la stessa e il peculiare statuto della nullità di protezione. Ma soprattutto ci preme segnalare la soluzione offerta alla questione della legittimità dell'uso selettivo della nullità e il suo possibile impatto sull'evoluzione dell'istituto.

A questo riguardo, ci sembra possibile svolgere due ordini di considerazioni.

La prima considerazione concerne una riflessione sullo stato dell'arte del rimedio della nullità. Le Sezioni Unite chiariscono che la selettività, lungi dal concretare, necessariamente, un'ipotesi di abuso del diritto o di comportamento di mala fede, rappresenta un connotato strutturale delle nullità di protezione e, in particolare, di quelle fattispecie in cui la nullità non è graduabile in forma parziale, ma opera come invalidità totale del contratto⁴³. È l'esigenza di assicurare un'adeguata ed effettiva protezione all'investitore che giustifica, in questi casi, il particolare atteggiarsi del rimedio, nella consapevolezza che, diversamente ragionando, non sarebbe possibile garantire la conservazione dell'operazione negoziale complessa nelle parti in cui questa non gli abbia arrecato un pregiudizio.



⁴¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., parag.

⁴² Già prima della pronuncia della sentenza in commento, era stato autorevolmente osservato che «la mera invocazione di effetti selettivi da parte del cliente non può giustificare di per sé - pena lo svuotamento e la vanificazione della nullità di protezione e della connessa tutela giurisdizionale (...) - la proposizione da parte dell'intermediario dell'exceptio doli generalis». Questo, tuttavia, non significa che vi sia una tutela incompatibilità tra tale eccezione e la nullità di protezione: «a siffatta conclusione potrebbe, invero, pervenirsi solo postulando che la disciplina in discorso comporti l'esenzione del cliente dalla soggezione ai canoni della buona fede e della correttezza (...). il che certamente non è, atteso che il proprium dogmatico della struttura normativa di protezione non è certo esonerare il cliente dal controllo della conformità del suo agire, alla stregua di una regola del rapporto tra privati – applicabile a entrambe le parti del rapporto - assiologicamente collocata ai livelli apicali dell'ordinamento (art. 2 Cost.), ma piuttosto quello di consentire un'applicazione in concreto della clausola di buona fede coerente con l'indicazione normativa proveniente dalle norme conformative dello statuto delle nullità protettive». Così A. VALITUTTI, Nullità selettiva, cit., p. 9 ss.

⁴³ Cfr. U. MALVAGNA, Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, cit., p. 828, il quale ha osservato che è solo «la nullità di protezione, e non altre, che rende la dinamica selettiva anche solo astrattamente ipotizzabile». Ancora, l'A. osserva che la selettività «propone una dinamica effettuale pienamente coerente con lo statuto che connota il paradigma legale della nullità protettiva».

Sotto questo profilo, ci sembra di poter sostenere che la selettività sia inquadrabile come un corollario della relatività della nullità: proprio perché il rimedio è attivabile solo su istanza dell'investitore - e, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità. opera, anche implicitamente, a suo vantaggio - quest'ultimo si vede riconosciuto, altresì, il potere di direzionarne gli effetti a singole porzioni dell'operazione negoziale. Solo in questo modo si garantisce che l'operatività del rimedio concretizzi una tutela effettiva per l'investitore; il quale, altrimenti, stretto nell'alternativa tra subire la nullità totale del contratto quadro e, a cascata, dei singoli ordini, oppure, rimanere vincolato a un rapporto pregiudizievole, finirebbe per essere dissuaso dal far valere le tutele spettantigli.

L'analisi dell'argomento funzionale prospettato dai giudici evidenzia, inoltre, la necessità, per gli studiosi, di interrogarsi sul problema (di sistema) del corretto inquadramento della disciplina della nullità di protezione. A riguardo, due sono gli aspetti meritevoli di essere indagati, secondo le indicazioni della Suprema Corte: da un lato, occorre definire l'ambito effettivo della deroga ai principi generali sul regime dell'invalidità dei contratti; dall'altro lato, occorre verificare se possa configurarsi una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione o se possano coesistere differenziate forme di nullità protettive, ciascuna dotata di un proprio statuto giuridico autonomo, anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione di nullità.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, ci pare necessario avviare una riflessione circa la possibilità che sia il modulo selettivo a segnare un vero e proprio *discrimen* tra le varie fattispecie di nullità. La domanda da porsi, a questo punto, è se la selettività operi per le sole ipotesi di nullità protettive, ma necessariamente totali (come quelle per difetto di forma); ovvero se essa sia ipotizzabile anche rispetto alle nullità necessariamente parziali, in quanto relative a singole clausole del regolamento contrattua-le⁴⁴.

⁴⁴ Altrove, ci si è chiesti, infatti, se costituisca una forma di uso selettivo della nullità ammissibile la possibilità di selezionare la nullità di singole fattispecie di una medesima clausola abusiva dal contenuto complesso. Sia consentito rinviare a quanto analizzato altrove: C. SARTORIS, Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri de giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia, in Pers. e merc., 2019, 3, p. 9 ss., dove si osservava che la richiesta della banca-mutuante di dichiarare solo parzialmente abusiva la clausola di risoluzione anticipata del mutuo sembra configurare una forma di selezione degli effetti del rimedio. Per tale via, non solo il contratto continuerebbe a conservare la sua validità, ma anche la singola clausola contestata potrebbe sopravvivere nel suo complesso, una volta espunta la singola proposizione abusiva. In quella occasione, tuttavia, ci sembrava che una richiesta del genere fosse da rigettare non tanto per l'illegittimità in sé del modulo della selettiviLa delicatezza del tema è evidente. A seconda delle risposte che si riterrà di dare a tali questioni, muterà sensibilmente il modo di ricostruire l'istituto della nullità.

La seconda considerazione da svolgere riguarda la definizione dei limiti all'ambito di operatività del modulo della selettività. A riguardo, l'aspetto che ci pare più interessante evidenziare non è soltanto quello di aver individuato nella buona fede in senso oggettivo lo spazio di azione del rimedio. Più ancora, ci sembra che l'attenzione vada posta sul fatto che la ratio protettiva del rimedio finisce per conformare anche il ruolo della buona fede. Nonostante il rapporto contrattuale in esame sia strutturalmente asimmetrico, l'obbligo di correttezza si impone a carico di entrambe le parti; così come al professionista è precluso abusare della propria libertà (e forza) contrattuale, allo stesso modo l'investitore deve esercitare l'azione a sua protezione in modo leale e rispettoso dell'altrui affidamento.

Non solo, ma la *ratio* protettiva del rimedio conforma anche i limiti alla operatività del modulo selettivo. Chiarita la possibilità, per l'intermediario, di tutelarsi con l'exceptio doli generalis, ne va evidenziato il ridotto ambito di applicazione. Come è stato acutamente osservato, «il diritto di selezionare le nullità - in conformità alla disciplina della nullità di protezione, ma anche alla stregua dell'interesse ad agire, ai sensi degli artt. 99 e 100 cod. proc. Civ. - non disattiva l'eccezione di dolo generale, ma ne restringe i presupposti applicativi, in conformità al principio di inopponibilità di eccezioni se non in presenza dell'agire in malafede del soggetto nei cui confronti l'eccezione è proposta (...)⁴⁵». Con l'ulteriore precisazione che non basta la buona fede in senso soggettivo per attivare la reazione processuale dell'intermediario, ma occorre il riscontro, all'esito di una ponderazione tra costi e benefici, di un effettivo margine di profitto per l'investitore, superiore



tà, quanto piuttosto perché essa proveniva da soggetto diverso da quello protetto dalla Direttiva 1993/13/CE. La Corte di Giustizia, invece, fondava il rigetto della questione sulla ritenuta illegittimità di forme di "rimodellamento" del contenuto del regolamento contrattuale mediante tecniche di graduazione della efficacia del rimedio, con ciò, tuttavia, contraddicendo quanto affermato successivamente, circa la possibilità di modificare il contratto da cui sia stata espunta una clausola abusiva essenziale attraverso l'integrazione della lacuna con una regola legale di diritto dispositivo (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A., in www.curia.europa.eu; in Nuova giur. civ. comm., 2019, 3, p. 424 ss, con nota di A. IULIANI, L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo). In tema, si veda anche: S. PAGLIANTINI, Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE, in Nuova giur. civ. comm., 2019, 3, p. 561 ss..

⁴⁵ Così A. VALITUTTI, Nullità selettiva, cit., p. 9-10.

al pregiudizio lamentato nel petitum della domanda

| 84

giudiziale.

Attualità





NULLITÀ SELETTIVE E "RIEQUILIBRIO EFFETTIVO". L'EVOLUZIONE DELLA BUONA FEDE.

Di Giuseppe Vettori

| 21

SOMMARIO: 1. La Buona fede come rimedio risarcitorio e la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità. - 2. La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative. - 3. Le asimmetrie informative e le regole di buona fede. - 4. La buona fede come strumento di riequilibrio del contratto.

ABSTRACT. Muovendo dall'analisi della disciplina dei contratti di investimento, il presente saggio analizza l'evoluzione del ruolo della buona fede nel diritto dei contratti, a partire dal riconoscimento di tale clausola generale come fonte di responsabilità in caso di sua violazione fino ad arrivare al riconoscimento della stessa come strumento di riequilibrio del contratto e di verifica della effettiva protezione del contraente cui la legge intende offrire tutela.

Moving from the analysis of the discipline of investment contracts, this essay analyzes the evolution of the role of good faith in contract law, starting from the recognition of this general clause as a source of liability in case of its violation up to the recognition of the same as a suitable instrument to rebalance the contract and verify the effective protection of the contractor.



1. La Buona fede come rimedio risarcitorio e la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità.

La disciplina dei contratti di investimento è stata negli ultimi venti anni un laboratorio significativo | 22 per una pluralità dei motivi.

Tali rapporti sono oggetto di una contaminazione difficile fra fonti interne e sovranazionali, fra disciplina del contratto e funzionamento del mercato, fra pragmatismo anglosassone e regolazione europea, fortemente condizionata da tale egemonia.

Nei decenni successivi alla seconda metà del Novecento è mancato un approfondimento teorico e al contenzioso fra le Banche e i clienti si sono applicate le norme generali sul contratto. Solo negli anni Ottanta è cambiato tutto per diverse ragioni. Si inizia a teorizzare un sostegno alle imprese tramite il risparmio dei cittadini con investimenti finanziari¹. Nasce una branca del diritto che si occupa del tema ed inizia una prassi giurisprudenziale e un'attività di produzione privata di regole (come le Norme bancari uniformi) soggetta dagli anni Novanta ad un più penetrante controllo da parte dei giudici di legittimità, posto in luce chiaramente dalla sentenza in tema di anatocismo che inverte e sovverte la precedente giurisprudenza².

Si consolida negli anni successivi la consapevolezza di un'asimmetria fra le parti, accentuata dal ruolo massiccio delle Banche nella collocazione di strumenti finanziari, come aspetto più evidente di un mutato ruolo degli Istituti verso l'idea di una Banca universale capace di fornire strumenti differenziati per attrarre il risparmio.

La legge chiaramente sembra preferire la valutazione dei comportamenti e le regole di responsabilità. La giurisprudenza inizia un'"opera di ricucitura", ispirata dalla dottrina attenta alla diversità di potere fra le parti e alla necessità di una corretta e piena informazione che tuttavia oscilla, nella individuazione delle tutele, fra rimedi invalidanti e risarcitori, talora utilizzando strumenti come la meritevolezza e la causa in concreto, ancora da sperimentare nella loro capacità regolatoria.

Da qui la riflessione sulla distinzione fra regole di responsabilità e di validità da verificare e correggere. Il mondo dei comportamenti pone al centro il dovere di informazione e la necessità di regole sempre più minuziose e penetranti a carico degli intermediari spesso coinvolti in un groviglio di conflitti

di interessi, dovuti alla funzione "universale" dei servizi offerti alla clientela.

In tale contesto, nel corso degli ultimi dieci anni, il ruolo della buona fede ha subito una significativa evoluzione giurisprudenziale, a partire dal 2007 sino alla recentissima sentenza del novembre 2019.

La decisione del 2007³ attribuiva un nuovo e rilevante ruolo alla responsabilità pre-contrattuale contro un contratto sconveniente, perché frutto di un contegno in male fede di una parte. La sentenza del 2019⁴ attribuisce alla clausola una funzione di riequilibrio effettivo del contratto e di verifica della effettiva protezione di un contraente riconosciuta dalla legge. Emerge così un ruolo della clausola come strumento capace di assicurare la tutela adeguata alla lesione subita e di porre un limite allo statuto soggettivo di debolezza di una parte protetta dalla legge.

Ouesta evoluzione richiede una analisi attenta muovendo dal primo passaggio sino agli ultimi svi-

La Corte di Cassazione, a sezioni unite, del 2007⁵ ha tracciato i confini fra le vecchie categorie e i nuovi rimedi. Il caso concerne i contratti di investimenti e la violazione degli obblighi di informazione⁶ posti a carico degli intermediari finanziari, ma la decisione va oltre tale vicenda e offre un ripensamento decisivo sul rapporto fra regole di responsabilità e di validità e sull'obbligo di buona fede nella fase pre-contrattuale. Questi gli aspetti più significativi che ricordo cominciando dal primo.

Come è noto la legge pone a carico degli intermediari obblighi di informazione sempre più analitici, ma non si è mai pronunziata espressamente sulla nullità dei contratti conclusi in violazione di tali doveri. Ciò a partire dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991, poi sostituito dall'art. 23 del d.lgs n.58 del 1998, sino al d.lgs n.164 del 2007 che attua la Direttiva MIFID I e il Decreto legislativo 3 agosto 2017, n.129 che recepisce la Direttiva 2014/65/UE (MIFID II)

Da qui la diversità di soluzioni in ordine al trattamento di tali contratti e le decisioni che innovano, con una riflessione attenta sulle tradizionali categorie.



¹ M. ONADO, Alla ricerca della banca perduta, Bologna, 2017 e R. RORDORF, Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario, in Questione Giustizia, 2019

² Cass. 16 marzo 1999, n.2374 e Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, in Foro it., 1999, I, c. 1153 e sul punto le osservazioni in G. Vettori, Contratto e rimedi, Padova, 2017, p. 562 ss.

³ Oggetto di un mio commento dal titolo Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in Persona e Mercato, 208 (24.6.2008) che riproduco quasi per intero visto la difficoltà di reperire il testo pubblicato anche in Obb. e contr., 2008, ora cessata.

Cass.4 novembre 2019 n. www.personaemercato.it

⁵ Cass. sez. un. 19 dicembre 2007 n. 6725 e 6724. Nel testo si farà riferimento in particolare alla prima.

⁶ V. sul punto G. VETTORI, Contratti di investimento e rimedi, in Obb. cont., 2007, 10, 785 ss.

Sono note le diverse opinioni espresse dai giudici di legittimità a cavallo del secolo. Una prima sentenza della Cassazione aveva privilegiato la responsabilità e il risarcimento perché, si era detto, i comportamenti delle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità⁷. Una successiva ordinanza⁸ aveva rilevato, invece, l'erosione costante, nella legislazione speciale, della netta distinzione fra regole di responsabilità e di validità e sottolineato come spesso la violazione di doveri di comportamento era sanzionata dalla legge con la nullità dell'atto. Si era posto, così, in discussione il precedente e aveva vacillato l'idea che la nullità non potesse essere affermata per la violazione di un dovere di tenere un determinato contegno⁹.

Le Sezioni Unite hanno riaffermato nel 2007 la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità. Con un correttivo importante. Si osserva che la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, quando non siano correttamente adempiuti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente.

Ciò si ricava da un'attenta ricognizione dei principi del codice civile e in particolare dell'obbligo di buona fede, esaminato come vero prototipo delle regole di comportamento. Di tali norme (1337 e 1375 c.c.) si precisa il contenuto e le conseguenze. Si ribadisce il loro valore di "principio immanente dell'intero sistema giuridico" che ha base nel dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione e si ricorda che la violazione di quella clausola generale si può riflettere sugli effetti dell'atto (determinando annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione), ma non produce mai nullità radicale pur avendo carattere imperativo. La conclusione è che la violazione della correttezza determina, in ogni caso, responsabilità (contrattuale o pre-contrattuale) ed eventuale risoluzione del contratto. Ed è chiaro, secondo la Corte, il perché. "Il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo ..legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite". Né tale considerazione è vanificata, secondo i Giudici di legittimità,

dalle novità legislative in base ad un argomento convincente. L'evoluzione della legislazione speciale che spesso ingloba nelle regole di validità la violazione della buona fede e dei doveri di comportamento non è di per sé decisiva: dalle norme speciali non si può ricavare un principio applicabile a settori diversi e nulla autorizza a trarre dalle nuove nullità speciali, regole generali in contrasto con l'impostazione del codice civile. Resta da rimarcare un aspetto decisivo della motivazione. Un chiarimento che supera la tradizionale partizione dogmatica se solo si ha la pazienza di dedicare una lettura attenta alla motivazione. Vediamola da vicino.

La sentenza ha piena consapevolezza che l'area delle "norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418, comma 1,) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo". Si osserva che vi sono comprese sicuramente anche "le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto" e il lettore deve fare attenzione a questo passaggio 10.

Se la norma vieta di stipulare l'atto di autonomia, continua la Corte, siamo al "di fuori di comportamenti afferenti alla fase di conclusione o di esecuzione ", poiché in tal caso" non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista". Ebbene se si leggono controluce queste osservazioni si trae che la distinzione tradizionale fra norme di comportamento e di validità è utilizzata ma corretta. Dalla motivazione si può comunque trarre il seguente ragionamento.

La violazione di regole di comportamento nella fase di conclusione ed esecuzione del contratto genera, di massima, una responsabilità. Può accadere che la legge vieti, senza disporre l'invalidità, un risultato negoziale attraverso la rilevanza di alcune circostanze soggettive e in tal caso occorre distinguere: la clausola contraria al divieto può essere dichiarata nulla ai sensi dell'art. 1418 1 comma c.c., in base ad una valutazione da operare, caso per caso, confrontando la *ratio* della norma con il risultato programmato¹¹ dalle parti. Il comportamento forma-

¹¹ Tutto ciò sollecita l'abbandono di molti schemi logici del passato e pone al centro della riflessione la ratio della norma e l'adeguatezza del rimedio che essa configura. Per decidere sulla nullità o meno si dovrà accertare se la legge non disponga una conseguenza diversa (art.1418, 1 comma), se in divieto rappresenta la finalità essenziale per la protezione dell'interesse, se vi è congruenza fra invalidità dell'atto e protezione degli interessi tutelati. Ne segue che la distinzione fra atto e comportamento, validità e responsabilità, deve essere adattata alla complessità delle fonti e egli interessi protetti. V. per tali aspetti G.



 $^{^{7}}$ Cass. 29 settembre 2005, n.19024, in Foro it., 2006, I, 11005, con nota di SCODITTI.

⁸ Cass. (ord.), 16 febbraio 2007, n. 3683.

⁹ Per questa vicenda G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, cit., 785 ss.

¹⁰ Così testualmente G. VETTORI, op. loc. cit.

tivo o esecutivo di tale assetto va valutato, invece, in base al dovere di buona fede (1337 e 1375 c.c.) per accertare l'esistenza di una responsabilità e di un danno¹².

Con questa chiave di lettura la motivazione è condivisibile perché fondata su di una premessa non 24 espressa dalla sentenza, ma logicamente necessaria.

Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronunzia di responsabilità. Ciò perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità¹³. Questa consapevolezza è del tutto innovativa, nelle pronunzie di legittimità, come innovativo è il ruolo che si assegna alla responsabilità pre-contrattuale. La sua coesistenza con la validità del contratto e dunque il suo cumulo con le regole di validità è una svolta radicale della giurisprudenza che si affianca alla dottrina che da tempo aveva sollecitato tale orientamento¹⁴.

Occorre una precisazione.

Come si è osservato esattamente, in virtù delle Direttive Mifid "l'unico contratto di risparmio gestito che l'intermediario può stipulare con il cliente è quello che genera uno strumento finanziario adeguato alle caratteristiche conoscitive, patrimoniali e finanziarie del soggetto nei cui confronti è reso il servizio", perché "in queste ipotesi muta lo stesso carattere della norma non più regola di comportamento, ma di validità del contratto gestito"15. Con conseguenze ancora da precisare in modo condiviso.

PASSAGNOLI, Nullità speciali, Milano, 1995, 43; G. FILANTI, Inesistenza e nullità del negozio giuridico, Napoli,1983; ID., Nullità (diritto civile), in Enc. giur., XXI, Roma, 1990; V. SCALISI, Invalidità e inefficacia: modalità assiologiche della negoziazione, in Riv. dir. civ., 2003, 2, 210; G. VETTORI, Contratti di investimento e rimedi, cit., 787-788.

La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative.

Certo è che la novità dopo la sentenza Rordorf del 2007 è stata questa.

Le regole di validità non esauriscono ogni valutazione sui contegni delle parti nella fase formativa del contratto. Anzi. A fianco delle norme rigide sui vizi del consenso, sulla incapacità e sulla rescissione coesiste e opera una regola duttile e primaria che impone di non approfittare, di non usare pratiche sleali ingannevoli o aggressive¹⁶. Sicché la partizione tradizionale (fra regole di comportamento e di validità) esce innovata e potenziata. Tutto ciò non è stata affatto un ritorno alla tradizione.

In passato, e in alcune opinioni recenti, non si giustificava altro controllo sui contegni formativi quando il contratto era già stato concluso. Ciò perché si diceva che le norme di validità avrebbero in tal caso assorbito ogni altro giudizio¹⁷. Gli argomenti utilizzati erano sostanzialmente due. Da un lato si era osservato che la responsabilità per scorrettezze pre-negoziali, in presenza di un contratto valido, avrebbe eroso la certezza e stabilità dei rapporti, spostando il controllo della libertà contrattuale, dalle fattispecie di validità al dovere di buona fede di incerta individuazione¹⁸. Dall'altro si era sostenuto addirittura che la coesistenza di un illecito in presenza di contratto di trasferimento valido avrebbe comportato" un'eclissi nella coscienza dei valori che si connettono alla libera circolazione dei beni"19. Ma è proprio tale considerazione che è esclusa dalle Sezioni Unite.

Dalla sentenza emerge con chiarezza che è sempre possibile un rimedio risarcitorio (ai sensi dell'art. 1337 c.c.) quando" il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto". Con ciò si vuol ribadire due aspetti fondamentali. La "risarcibilità del danno da scorrettezza"²⁰ in "funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto" è "compatibile con il principio di certez-

¹² G. VETTORI, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit., p. 46-56; ID., Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità, in Riv. dir. priv.,

¹³ G. Vettori, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit., 46.

¹⁴ Sul punto Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale, in Foro it., 2006, I, 1105.

¹⁵ D. IMBRUGLIA, La regola di adeguatezza e il contratto, Milano, 2017, p. 521; G. DE NOVA, Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno, Padova 2011, 50-60; U. Breccia, Tempi e luoghi del diritto dei contratti, in Contratti, 1/2018, 5 ss.

¹⁶ V. già Cass., 7 marzo 2007, n. 5273.

¹⁷ V. in particolare F. SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1983, 171; CARIOTA-FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 1961, 28; P. BARCELLONA, Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico, Milano, 1962, p. 209 ss.; V. PIETROBON, L'errore nella dottrina del negozio giuridico, Padova, 1963, p. 104 ss.

¹⁸ G. D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 245 ss.; ID., Buona fede "in contrahendo", in Riv. dir. priv., 2003, 351 ss.

¹⁹ Così testualmente A. GAMBARO, Il diritto di proprietà, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995, p. 744-745.

²⁰ E. Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale, op. cit.

za e stabilità dei fatti giuridici", perché validità e responsabilità "operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione" Le prime regole concernono la struttura e dunque gli "effetti del titolo rilevante per l'ordinamento e per i terzi"; stabiliscono, insomma, la validità e l'efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione²³. Le seconde, ai soli fini risarcitori, valutano un comportamento in mala fede dell'acquirente. Tale giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia o sulla conformazione della proprietà ed è coerente con il sistema e il diritto vivente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁴.

Occorre solo aggiungere un correttivo che una buona dogmatica consente di precisare.

Il giudice deve accertare, su impulso di parte, l'esistenza di un comportamento scorretto e ciò in base ad un giudizio, non di fatto ma di diritto, secondo un procedimento e una motivazione che è censurabile sotto il profilo della legittimità. Sicché l'accertamento della buona o mala fede è regola di diritto al pari di qualsiasi altro giudizio. D'altra parte la vicenda andrà esaminata in base alle circostanze specifiche e alla concreta condotta di entrambe le parti. Se la conclusione del contratto è avvenuta con la piena consapevolezza di entrambi i contraenti sull'esistenza di comportamenti scorretti non si potrà poi sollevare la violazione della buona fede, senza venire contra factum proprium. Queste ed altre accortezze argomentative possono consentire giudizi equilibrati e ragionevoli²⁵

Ma seguiamo ancora la motivazione della Corte che "ha voluto dare continuità" ad una precedente pronunzia del 2005.

3. Le asimmetrie informative e la regola di buona fede.

Nel caso di asimmetria di tipo informativo i problemi sono essenzialmente due: quando scatta l'obbligo di informazione e quali conseguenze sono ipotizzabili per la violazione²⁶. La soluzione del primo quesito dipende da alcune variabili dell'affare, dalla natura dell'informazione (se questa concerne, ad esempio, un profitto di chi deve informare o una perdita di chi deve essere informato) e dalla qualità delle parti (se uno o entrambi sono professionisti)²⁷, ma dipende anche dal ruolo che si riconosce alla buona fede.

Le Corti inglesi continuano a distinguere la violazione di un diritto dalla violazione di un obbligo morale, in ossequio alle legittime aspettative del mondo degli affari²⁸. I giudici continentali sono invece sensibili al dovere di correttezza²⁹ e la sentenza in esame attribuisce ad essa un compito primario. Quanto alle conseguenze della violazione la Cassazione ha un'idea precisa, come si è chiarito. Il contegno scorretto "assume rilievo non soltanto nel caso di rottura delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede".

Nel leggere la motivazione si ha l'impressione di un felice sintesi fra passato e futuro in un'ottica rimediale³⁰. Per capire che cosa intendo, con questa

³⁰ V. U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2001, p.105 ss.; A. DI



²¹ E. SCODITTI, op. cit.

²² E. Scoditti, op. cit. e G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit. p. 98 ss.

²³ G. VETTORI, voce "Opponibilità", in Enc. Giur., 1999, p. 11.
²⁴ Per quanto mi concerne avevo utilizzato la distinzione fra atto e comportamento nell'analisi degli strumenti di controllo della libertà contrattuale (G. Vettori, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit., p. 83 ss.) e lo stesso schema avevo impiegato per analizzare la responsabilità del secondo acquirente in mala fede (G. VETTORI, Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza, Milano, 1986, 163; Id., Voce Opponibilità, in Enc. giur., 1999, p. 11). Tale metodo era stato considerato una "trappola nominalistica", da A. GAMBARO, Il diritto di proprietà, cit., p. 745 nota. La sentenza delle Sezioni Unite è stata la migliore risposta a quelle critiche.

²⁵ G. VETTORI, Norme dogmatica e sentenze: quid juris?, in Nuovo dir. civ., 3-2016, p. 89 e in Persona e mercato.

²⁶ G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità* e regole di comportamento, cit.

²⁷ V. Roppo, L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo, in Riv. dir. priv., 2004, 4, p.753-757. Il diritto comunitario si propone di eliminare ogni barriera conoscitiva fra professionista e consumatore e affida spesso al contratto il compito di trasmettere le informazioni indispensabili al corretto funzionamento del mercato e all'equilibrio dei rapporti.

²⁸ R. Goode, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, p. 23 ss., 51 ss. e v. ora l'analitica rassegna e le osservazioni limpide di F. DELLA NEGRA, MIFID II and Privat Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules, HART, 2019, 148 ss. ²⁹ V. da ultimo Cass., 7 marzo 2007, n. 5273 che da rilievo (parlando di exceptio doli generalis seu praesentis) al dolo "come rimedio di carattere generale utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, e diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogniqualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto ovvero abbia avanzato richieste di pagamento prima facie abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di venire contra factum proprium". E ancora F. DELLA NEGRA, op. cit., p. 139 ss. per le corti Francesi, 159 ss per le corti Italiane, 165 ss. per le corti spagnole.

espressione, è necessario ricordare³¹ che un tale approccio non incide sull'an della protezione ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale, ma intende fornire un piano di tutela adeguata, in presenza di viola-26 zioni di interessi e diritti. Proprio seguendo questo metodo la Cassazione in tema di responsabilità precontrattuale disciplinata dall'art.1337 c.c. ha recepito risultati indicati da una parte della dottrina³² foggiando un nuovo ed efficiente rimedio contro la slealtà, l'abuso e la mala fede nella fase precedente la stipulazione del contratto.

Nella sentenza si stabilisce che il risarcimento è "il mezzo per correggere il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto"33. Da qui la conseguenza che il giudice deve ripristinare non solo l'interesse negativo, ma l'interesse positivo della parte vittima del comportamento in mala fede a non "essere coinvolto nelle trattative di un contratto valido ma sconveniente". Sicché il danno deve essere commisurato al "minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una parte", 34 .La ratio è chiara. Si tende a conservare l'operazione economica e la validità dell'accordo e a riequilibrare il contratto attraverso il risarcimento che può avere, si è detto, una precisione chirurgica. A ben vedere tale indirizzo è espressione della tendenza radicata alla espansione del rimedio per equivalente che esalta il valore economico dell'affare sino a prevalere sul controllo giuridico dell'atto. Ma passaggi ulteriori possono essere tracciati. Superato il dogma dell'egemonia della fattispecie e attribuita autonoma rilevanza ai contegni formativi ed esecutivi del regolamento è in questa area che si devono valutare squilibri e scorrettezze.

Resta da precisare la natura di questa responsabilità, discussa da sempre.

MAJO, Il linguaggio dei rimedi, in Europa dir. priv., 2005, 2, p. 341 ss.; Id., Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi, ivi, 2007, p. 2 ss.; D. MESSINETTI, Sapere complesso e tecniche rimediali, ivi, 2005, p. 605 ss.; P.G. Monateri, Ripensare il diritto civile, Torino, 2006.

La Corte di Giustizia si è pronunziata per l'area extracontrattuale³⁵ ed anche la Cassazione italiana ha preso posizione, in passato, in tal senso³⁶. Con una conseguenza. Si era stabilito che l'onere di provare la corrispondenza del comportamento ai canoni della buona fede, gravasse non su chi era receduto dal contratto, ma sull'altra parte. L'orientamento era in linea con la tradizione. Il fatto di cui si discuteva era il recesso ingiustificato dalle trattative e la natura della responsabilità non poteva che essere aquiliana perché, si era detto, il contratto non era concluso. La questione va ora affrontata alla luce delle novità giurisprudenziali più recenti. Anzitutto la sentenza del 2005³⁷, confermata dalle Sezioni Unite di cui si discute, ma non solo. Si deve ricordare che le recenti sentenze in tema di distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale inducono a ripensare questo orientamento.

Significativo è quanto affermato dalle sentenze³⁸ in tema di contato sociale. Fra le quali è possibile comprendere la fase della conclusione del contratto, se si considera quanto segue. Le trattative creano un contatto qualificato e danno inizio ad un procedimento ove non esistono estranei o "passanti" ma due soggetti in una relazione qualificata volta alla conclusione di un contratto³⁹. Quando questo si conclude la violazione della buona fede nella fase



³¹ U. MATTEI, op. cit., p. 108.

³² Mi permetto di richiamare ancora G. VETTORI, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit., p. 83 ss ma in particolare v. Benatti, Culpa in contraendo, in Contratto e impr., 1987, 298, e Mantovani, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995 a cui si deve la più compiuta ricostruzione concettuale sul punto Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 e il commento di M. Franzoni, La responsabilità pre-contrattuale: una nuova stagione, in La responsabilità civile, 2006, 4, p. 295 ss.

³³ M. Franzoni, op.cit., p. 299.

³⁴ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit.; V. anche C. Turco, L'interesse negativo nella culpa in contraendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano), in Riv. dir. civ., 2007, 194.

³⁵ Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in Giur. It., 2003, p. 1321.

³⁶ Cass., 5 agosto 2004, n.15040, in *Danno e resp.*, 2005, 597 con nota di R. PARDOLESI.

³⁷ Cass., 29 settembre 2005 n. 19024, cit.

³⁸ Cass. 26 giugno 2007 n. 14712. È opinione oramai molto diffusa che la responsabilità del debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, ma anche quando " essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente quale ne sia la fonte". È in base a tale ricostruzione la giurisprudenza ha ritenuto che sussista responsabilità contrattuale anche "in presenza di violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento". (medico dipendente della struttura ospedaliera Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 12362 del 2006; Cass. n. 10297 del 2004; Cass. n. 589 del 1999; sorvegliante dell'incapace Cass. n. 11245 del 2003)". Ne deriva che la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegua dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto." Si vedano anche Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in Giur.it., 2012, p. 2662 ss. ed ivi Cass., 21 dicembre 2011, n. 27648, p. 2547 ss.

³⁹ L. MENGONI, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, in Riv. dir. comm., 1956, II, p. 360. e da ultimo E. SCODITTI, La responsabilità per danni da clausola abusiva, in Riv. dir. priv., 2007, 2, p. 20 (dell'estratto).

preliminare non può che rimanere assorbita" nella disciplina dello stesso contratto e nella connessa responsabilità per inadempimento, con conseguente identità" della situazione giuridica tutelata e del danno risarcibile che va oltre l'interesse negativo⁴⁰.

Secondo tale ricostruzione, condivisibile, fra le parti di una trattativa è possibile riconoscere l'esistenza di un contatto sociale qualificato da un obbligo di comportamento secondo buona fede (1337 c.c.). Sicché è preferibile affermare la natura contrattuale di tale responsabilità. Ne segue una conseguenza importante sull'onere della prova. Se la violazione della correttezza, in questa fase, determina una responsabilità contrattuale l'attore dovrà seguire il reparto probatorio fissato dai giudici di legittimità per la domanda di adempimento risoluzione o risarcimento⁴¹. Sarà sufficiente così provare la fonte dell'obbligo (art. 1337 o 1375) e allegare l'inadempimento. Spetterà al debitore provare di aver adempiuto esattamente al dovere di buona fede⁴². E' facile intuire la novità e l'utilità di tale possibile evoluzione.

L'esito sarebbe, dunque, del tutto innovativo. Solo che il precedente va esaminato alla luce di alcune sentenze che affermano ancora la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale⁴³. A ben vedere il caso di specie si riferisce ad un recesso ingiustificato delle trattative e pone l'onere della prova a carico di chi subisce il recesso e la ragione della differenziazione si può, forse, trovare nella consapevolezza di due figure distinte di *culpa in contraendo* a seconda che sia o meno concluso il contratto. Ma resta un'ambiguità di fondo che richiede un intervento che orienti verso una soluzione consolidata.

D'altra parte le novità della MIFID II sono notevoli.

Si accresce la quantità e qualità delle informazioni da fornire al cliente in base ad una analitica descrizione dei contegni (art. 24 par. 4), Si esige un penetrante *test* di adeguatezza in base al profilo dell'investitore e agli strumenti finanziari per lui più adatti (art. 25 par. 2); si regola con molta più attenzione il potenziale conflitto di interessi e si richiede alle imprese di "avvalersi di personale in possesso di adeguato livello di competenza finanziaria e di

4. La nullità selettiva e la buona fede come strumento di riequilibrio endo-contrattuale.

La sentenza delle Sezioni unite del 2019 (n. 28314) muove ancora dall'analisi di un contratto di investimento, ma alza lo sguardo a tutte le nullità di protezione per esaminare finalità e limiti di una disciplina numerosa e non del tutto omogenea, anche se espressione di un *genus* ispirato a interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'eguaglianza, almeno formale dei contraenti (art. 3 Cost.)⁴⁵.

Ciò consente una prima operazione.

L'art. 23 della legge del 1998 dispone la legittimazione esclusiva di una parte ad agire in giudizio come tratto unificante delle nullità di protezione, ma non prevede espressamente, il rilievo d'ufficio. Mentre l'appartenenza ad un unico *genus* consente un'interpretazione coerente ai comuni principi del diritto eurocomunitario che assicura, anche in tal caso, l'intervento officioso del giudice a vantaggio esclusivo del cliente-investitore.

La seconda argomentazione è più impegnativa e rilevante, perché attiene alla *ratio* e al fondamento delle nullità di protezione muovendo dall' ipotesi di un contratto di investimento.

Si pone in luce la natura e struttura del contratto quadro che deve essere redatto per iscritto, con obblighi specifici per l'intermediario. Ad esso seguono gli investimenti attraverso l'esecuzione degli ordini di acquisto. La forma scritta è imposta solo per il primo perché in esso si "cristallizzano gli obblighi dell'intermediario che il legislatore ha inteso rendere trasparenti". Non solo. Tale obbligo (Cass, sez. un. n. 898 del 2018) costituisce il primo strumento di superamento dello squilibrio contrattuale da calibrare. Si richiama così una decisione, a cui si vuol dare continuità, che reputa sufficiente la sola firma del cliente o investitore perché l'atto è destinato alla

⁴⁴ V. ora il bel volume di F. Della Negra, MIFID II and Private Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules, cit., p.7 ss. ⁴⁵ si vedano su tale sentenze i commenti di S. Pagliantini, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 988; G. Petti, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2019, p. 288; D. Maffeis, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019 p. 178 ss.; G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in Dirittobancario.it.



conoscenza dei prodotti finanziari offerti o raccomandati" (art. 25 par. 1)⁴⁴.

⁴⁰ V. G. VETTORI, Contratti di investimento e rimedi, cit., 790 e C. Turco, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Milano, 1990, p.179 ss.; Id., L'interesse negativo nella culpa in contraendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano), in Riv. dir. civ., 2007, p. 194.

⁴¹ Sul principio di vicinanza della prova v. di recente Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704.

⁴² V. sul punto E. Scoditti, *La responsabilità per danni da clausola abusiva*, cit., 20.

⁴³ V. Cass., 3 ottobre 2019, n. 24738.

loro protezione effettiva e non legittima un esercizio abusivo di tale preferenza.

Ciò consente di anticipare la linea di sviluppo dell'argomentazione.

I principi di buona fede e correttezza operano anche nella valutazione dell'esercizio di diritti in 28 sede giurisdizionale e per la loro attuazione nel nostro caso si deve precisare i contorni della nullità di protezione come genus di una species prevista da una pluralità di discipline. Dato di partenza sono le norme speciali in tema di legittimazione relativa e rilievo d'ufficio, approfondite da un importante precedente (Cass. n. 26442 del 2014) come forme di applicazione di un principio solidaristico idoneo a ricomporre uno squilibrio asimmetrico e conoscitivo a danno dei soggetti svantaggiati. I quali hanno però, a loro volta, un obbligo di lealtà espresso dal valore trasversale della clausola generale.

Da qui una prima conclusione.

La questione della nullità selettiva di protezione deve essere affrontata sulla base del criterio ordinante delle buona fede, al "fine di esaminare se in sede giurisdizionale (tale nullità) possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto",46. Insomma, l'indagine ulteriore richiede di esaminare le varie opinioni espresse sul punto nodale della "correlazione fra legittimazione ed effetti" dell'azione di nullità.

Se il regime di protezione si esaurisce nella legittimazione esclusiva all'azione, gli effetti sull'atto e le restituzioni possono essere fatti valere da entrambe le parti.

Se invece si reputi che la nullità attribuisca al soggetto svantaggiato una piena protezione, sostanziale e processuale, l'altra parte deve subire gli effetti della nullità selettiva.

Di fronte a queste due diverse opzioni la sentenza delinea una terza via: la buona fede, appunto, come strumento più adeguato per affrontare l'uso distorsivo della nullità. Ciò al fine "di ricostruire l'equilibrio effettivo della posizione delle parti, impedendo effetti di azioni esercitate in modo arbitrario con un abuso dello strumento di protezione".

Resta da precisare come e le opinioni sono ancora diverse.

Da un lato si sottolinea di per sé il carattere opportunistico della selezione e si esclude la sua legittimità, vanificando le finalità della legge. Dall'altro si propone l'utilizzo dell'exceptio doli al fine di paralizzare un possibile effetto distorsivo (Cass. n. 12388, 12389, 12390 del 2017) basata sulla prova di una frode o di un contegno di male fede del cliente

o investitore", tratta anche da alcune norme di settore (artt. 1993 2 comma e 2384 2 comma).

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite segue un'altra direzione.

Il problema non può essere risolto sulla base dell'utilizzo di un criterio che richiami l'animus o l'intento del contraente. Si deve utilizzare la buona fede per accertare "la oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio" di una sola parte, con un ulteriore precisazione.

Non si può richiamare la figura dell'abuso di diritto che vieta di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri delle parti sono stati attribuiti (Cass. n. 15885 del 2013 e n. 10508 del 2018) e di perseguire un fine non coerente con la funzione della norma che ha attribuito il diritto di agire (Cass. n. 29792 del 2017). Occorre, invece, una valutazione in concreto del rapporto per esaminare vantaggi e svantaggi che l'investitore ha conseguito dalla sua esecuzione.

Solo in tal modo è possibile "ristabilire una equivalenza" con una "verifica di effettività" che superi un riferimento alla condotta dolosa o predeterminata e sia capace invece di modulare correttamente "il riequilibrio effettivo" del contenuto negoziale tenendo conto degli investimenti eseguiti e ponendo "in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità con quelli che ne sono "esclusi". Al fine di "verificare se permanga un pregiudizio".

Se questa negatività permane l'azione sarà stata esercitata correttamente. Se invece gli ordini hanno prodotto un risultato complessivamente positivo e superiore al danno vantato con la domanda selettiva, l'intermediario può reagire. E paralizzare, nei limiti delle allegazioni, "gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati" tramite "un eccezione di buona fede".

Insomma, se i rendimenti degli investimenti, non colpiti da nullità, superano il petitum l'effetto impeditivo è integrale, se invece residua un danno per l'investitore la riduzione opera nei limiti del vantaggio ingiustificato.

Le conclusioni sono ancora più esplicite.

- a) il regime giuridico delle nullità di protezione opera sul piano processuale e sostanziale a favore del solo soggetto protetto, in deroga agli articoli 1421 e 1422.
- b) L'altra parte non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è legittimata ad agire in via riconvenzionale o autonoma ai sensi degli articoli 1422 e 2033 c.c.
- c) I principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale (2, 3, 41, 47 della Costituzione) alla base delle nullità di protezione "operano in funzione di un riequilibrio effettivo en-



⁴⁶ V. sul punto le notazioni critiche di R. RORDORF., op. cit.

- docontrattuale" quando la nullità selettiva determini un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. La quale può paralizzare gli effetti restitutori dell'azione.
- d) Tale reazione non è configurabile come eccezione in senso stretto perché non incide sui fatti costitutivi dell'azione di nullità (dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori), ma sulle modalità di esercizio dei poteri delle parti.

5. Buona fede ed effettività

L'evoluzione del ruolo della buona fede è significativo sotto vari profili.

È noto come autorevoli Maestri⁴⁷ abbiamo in passato teorizzato un'equivalenza sostanziale nel riequilibrio del contratto fra risarcimento e eliminazione degli effetti, ma oggi non è proprio così. Se è vero che il risarcimento può compensare una perdita con un intervento chirurgico mirato, ciò non consente in assoluto un risultato efficiente nel binomio nullità -restituzioni che resta rigido senza un correttivo, come ricorda esattamente l'ultima sentenza della Cassazione sulla nullità selettiva.

Non solo. La comprensione del presente ci mostra come la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità non sia uno schema assoluto, ma anzi necessariamente flessibile nell'adattarsi al tempo e alla esigenza del controllo sull'atto di autonomia.

Nel diritto del consumo l'inserimento nel contenuto del contratto degli obblighi informativi apre ad una possibile eliminazione degli effetti di operazioni non adeguate al profilo sostanziale dell'investitore⁴⁸. E non solo.

Nel declinare l'incidenza del principio di effettività le sentenze e le regole si rincorrono.

Non si tratta di un procedere caso per caso. Né si devono leggere le pronunzie della Corte di Cassazione come un procedere privo di prevedibilità e di certezza per una ragione evidentissima.

La buona fede è utilizzata come strumento di verifica di effettività e di riequilibrio contrattuale utilizzando il suo contenuto di regola oggettiva che, oltre il rilievo della frode e del dolo, consente un'analisi del contenuto del contratto che serva a delimitare in concreto le restituzioni conseguenti ad una nullità di protezione.

In tal modo si ottiene un risultato importante e innovativo.

La violazione della clausola non determina solo un risarcimento del danno e non comporta solo la possibile inesigibilità di una clausola contrattuale che sia frutto di un comportamento di mala fede di uno dei due contraenti.

Essa può modellare i rimedi restitutori, aggirando l'automatica sequenza, prevista per la nullità dall' art. 1422 c.c.

L'eccezione di mala fede consente di paralizzare contegni abusivi anche del contraente protetto da una regola speciale e mostra le sue potenzialità come strumento adatto a intervenire per il riequilibrio di situazioni nuove che sfuggono ad una rigidità normativa, ed esigono un metodo diverso.

Una flessibilità cognitiva capace di saper affrontare situazioni difficili e complesse, alla ricerca, appunto, del rimedio più adeguato a tutela dell'equilibrio sostanziale e dell'interesse generale a realizzarlo anche in casi di protezione del più debole dei contraenti.



 $^{^{47}}$ Mi permetto ancora di richiamare la sintesi delle varie opinioni sul punto contenuta in G. Vettori, *Contratti e rimedi*, op. cit., p. 779 ss.

⁴⁸ S. PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, in part. p. 255 ss.













