PERSONA E MERCATO

Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2013 - Numero 3

Saggi

Il tempo dei diritti, di Giuseppe Vettori ..... p. 179

I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse, di Stefano Pagliantini ..... p. 192

L'inopponibilità al terzo acquirente dell'annullamento della procura, di Giovanni Passagnoli ..... p. 208

Materiali e commenti

La decorrenza e la durata del rimedio risarcitorio nella responsabilità dello Stato per inadempimento di obblighi comunitari, di Mario Mauro ... p. 213

Consenso informato, trattamento medico e procedimento di formazione del contratto, di Alberto Urso ..... p. 227

Attualità

Famiglie e matrimonio: profili evolutivi nel diritto europeo, di Antonio Gorgoni ..... p. 241

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori
Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Sebastiano Ciccarello; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

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

ISSN 2239-8570

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

Hanno collaborato a questo numero: Antonio Gorgoni; Mario Mauro; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Alberto Urso; 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

IL TEMPO DEI DIRITTI

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. Bobbio e l'età dei diritti. - 2. I problemi aperti nel secolo lungo. - 3. Contenuto dei diritti e fiscal compact. - 4. La valutazione sistemica. - 5. Le tecniche applicative. Disapplicazione e interpretazione conforme. - 6 Dai codici alle costituzioni fra legge e giudici. - 7. Un diverso modo di osservare.

1. Bobbio e l'età dei diritti

Agli inizi degli anni novanta del novecento Norberto Bobbio ha raccolto una serie di saggi, scritti nei decenni precedenti, con un titolo di successo. L'età dei diritti[1]. Vorrei muovere da questo classico sul tema per cercare di individuare alcuni tratti del tempo in cui viviamo.

La visione di Bobbio è chiara. I diritti appartengono alla storia e non ha senso la ricerca di un loro fondamento assoluto. Nascono all'inizio dell'età moderna e "diventano uno dei principali indicatori del progresso storico"[2]; hanno una continua espansione, ma sono sempre il frutto di una lotta per la difesa di "nuove libertà contro vecchi poteri": la libertà di culto nasce dalle guerre di religione, le libertà civili dal ruolo dei parlamenti contro i sovrani, le libertà politiche e sociali dalle lotte dei movimenti dei lavoratori, i diritti di terza e quarta generazione dalle opportunità e dalle manipolazioni offerte dalla tecnica. I diritti insomma non nascono tutti in una volta ma via via che aumenta il potere dell'uomo sull'uomo e il potere di dominare la natura. Da qui l'esigenza di rimedi che sono rivolti sempre a impedire i malefici o a ottenere i benefici del potere[3].

E' chiara la storicità di queste situazioni, ma qual è il ruolo del diritto?

In un corso di lezioni del 1962 Bobbio esprime una posizione netta[4]. Il diritto è una procedura e non un valore. La legge è la unica fonte delle regole giuridiche. Il sistema positivo è completo e coerente e l'interprete lo attua meccanicamente. Diritto e morale sono sfere differenziate della vita pubblica e la distinzione fra diritti morali e positivi è una contrapposizione fra due sistemi normativi diversi. Questa visione è solo il primo passo di un suo "viaggio attraverso il positivismo"[5] che porta a spostare l'attenzione, prima al sistema giuridico e alla struttura dell'ordinamento[6] e poi al confronto con il

Lo scritto riproduce la relazione svolta il 1 giugno 2013 a Reggio Emilia durante il convegno annuale dell'Osservatorio della giustizia civile intitolato ai "Tempi della giustizia e il tempo dei diritti".

[1] BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, *passim*.

[2] BOBBIO, *op. cit*., p. VIII.

[3] BOBBIO, *op. cit*. pp. XIII –XV.

[4] BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino, 1963, *passim*.

[555] LOSANO, *Prefazione a N. Bobbio, Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, rist., Roma-Bari, 2007, p. V.

[6] BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli,1992, *passim* ove sono raccolti i saggi pubblicati tra il 1954 e il 1986.

giusnaturalismo[7]. Sino al saggio, del 1969, che inaugura lo studio della funzione privilegiata, da allora, rispetto ad una visione strutturale del diritto[8]. Ma sui diritti in quel famoso libretto Bobbio richiama alla realtà.

Non si possono equiparare diritti solo enunciati e diritti garantiti da un ordine positivo. Non solo. Il volume ricorda che chi spesso inneggia all'età dei diritti" si fonda su diritti solo proclamati e chi ne denunzia l'assenza", spesso, si riferisce a "quelli che la stragrande maggioranza dell'umanità non possiede di fatto anche se solennemente proclamati".[9]

Che cosa ci avvicina al presente e lo si può spiegare partendo dalla famosa frase di Marx ripresa da Hedegger. La filosofia sin allora impegnata a comprendere il mondo doveva iniziare a cambiarlo[10].

In Germania[11], nella seconda metà del novecento, Husserl avviò una fase post-positivistica con il rifiuto del formalismo, della separazione fra diritto e morale e della legittimazione procedurale della norma che è destinata a vivere, scriveva già allora il nostro autore, nella storia mediante l'interpretazione e l'applicazione[12]. In America e in Inghilterra, nella seconda metà degli anni sessanta, Dworkin[13] aveva ammonito che il positivismo non è il metodo o la visione più adatta per comunità giuridiche complesse, ove il discrimine fra regola morale e regola giuridica è sempre più sfumato. La risposta ai suoi critici dopo trenta anni e poco prima di morire, è convincente affatto[14]. La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto perché non si può restituire al legislatore un trono che non ha più[15].

Luigi Mengoni[16], agli inizi del nuovo millennio, esprime benissimo questa novità dello Stato costituzionale e si oppone al positivismo radicale che sfocia nel nichilismo, per due motivi su tutti. L'idea del diritto e della legge come recipiente capace di accogliere ogni contenuto ha generato i mostri del novecento e lascia solo l'uomo a trovare nel nulla la distinzione fra giusto e ingiusto. Il sistema positivo dell'ottocento era basato sui valori del tempo (quelli della società borghese cristiana) compatibile con una società compatta attorno a quei valori, ma non con l'attuale, pluralistica, dinamica e governata da una costituzione ove i principi morali sono stati incarnati nella forma dei diritti fondamentali"che appartengono al diritto e alla morale ma sono soggetti ai modi, alle procedure e ai vincoli della argomentazione giuridica"[17].

La dottrina successiva si divide oggi, come in passato, su un punto.

Da un lato si tenta di valorizzare al massimo i diritti, riconosciuti in un sistema multilivello, attraverso il ruolo centrale della giurisprudenza e il dialogo fra le corti[18]. Dall'altro autorevolmente, si rivaluta "l'ideale giuspositivistico… che vede il giurista come costruttore di regole giuste ed efficienti all'interno di un ordinamento dato ed accettato". Un metodo si dice che deve "essere difeso, di fronte ai miti ricorrenti, che propongono una giurisprudenza autoreferenziale (ma in realtà funzionale alla realizzazione di equilibri "spontanei")[19]. Il dato comune di queste dottrine è il timore di un "diritto libero" a cui si oppone un "giuspositivismo" diversamente aggettivato e un costituzionalismo attento più al ruolo propositivo della legge che alla funzione "creativa" dei giudici.

La mia impressione è che il tempo che stiamo vivendo induca a valorizzare un dialogo forte senza disconoscere le diversità che accompagnano, da sempre, la storia del diritto. Molti e diversi segnali

[7] BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano,1965, , *passim* ove sono raccolti i saggi scritti dal 1956 al 1964.

[8] Sulla funzione promozionale del diritto, in BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 3 ss.

[9] BOBBIO, *L'età ei diritti*, cit. p. XXI.

[10] BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo*, in questa rivista, 2006, pp.1-13; Vettori, *Dialogo con Giuseppe Benedetti su ermeneutica e diritto privato*, in *Persona e mercato*, 2011, in *www.personaemercato.it*

[11] MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 635 ss. ora in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo, Nicolussi, Albanese, Milano, 2011, p. 13 e ivi il richiamo a Husserl, *Recht und Zeit*, Frankfurt a. M., 1955, p. 10 ss.

[12] MENGONI, *Diritto e tempo*, cit. p. 13.

[13] DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, nuova edizione italiana a cura di Muffato, Bologna, 2010, *passim*.

[14] DWORKIN, *La giustizia in toga*, Roma- Bari, 2010, ed ivi *Diritto e morale*, p.3 ss., e in particolare, *Trent'anni dopo*, p. 204 ss.

[15] RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, *passim*. Basta un esempio su cui si è tornati più volte. Le norme delle costituzioni e dei trattati sono spesso prive di fattispecie e indicano spesso principi diversi da quelli previsti nell'art. 12 disp. prel. cod. civ. Quelle disposizioni sono un *prius* e non un *posterius*. Non riassumono o astraggono un contenuto giuridico esistente, ma fondano un nuovo ordine da costruire in Italia e in Europa. Il sistema insomma non è completo e coerente ma si evolve e si trasforma in continuazione.

[16] MENGONI, *Diritto e tecnica*, in questa rivista, 2001, p. 7.

[17] MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit. p. 8.

[18] LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, in *www.cortedicassazione.it* e solo per una sintesi VETTORI, *Diritti, Principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in *Eur.dir.priv.*,2011, p. 237 ss.

[19] LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e Mercato*, 2013, 2, p. 116 ss. in *www.personaemercato.it*

spingono al riconoscimento di alcune ragioni reciproche e alla piena consapevolezza dei punti di dissenso[20] che vanno distinti, settore per settore, con grande attenzione alle singole questioni aperte sul contratto, la responsabilità, i rimedi. Per quanto attiene ai diritti occorre muovere con forza dal presente.

2. I problemi aperti nel secolo lungo.

Il tempo in cui viviamo è attraversato da un'inedita crisi che attraversa i fondamenti stessi della nostra convivenza civile e attraversa problemi aperti nel secolo che ci precede[21]. Dal fondamento dei diritti in una forma democratica, al loro contenuto, dai soggetti chiamati a decidere alle tecniche di applicazione. Vediamoli uno ad uno.

Nelle costituzioni del novecento i diritti sono elementi fondanti dell'ordinamento. Non è illustrata la loro base ontologica, non sono "naturali", ma aspirano alla stabilità e godono di una prospettiva dominante. Da qui il problema. Le costituzioni hanno nei diritti il loro fondamento ma i diritti hanno un ruolo che aggira la funzione stessa delle maggioranze, superate da "briscole"[22] con un peso maggiore della sovranità popolare espressa nelle forme rappresentative. Non tarda così, negli ultimi decenni del secolo, ad acuirsi la tensione fra due immagini della democrazia a seconda che essa si identifichi con i diritti fondamentali oppure presupponga un legame stretto fra i diritti e la loro evoluzione.

E' facile rintracciare i tratti di questa ultima visione. La "riduzione dello spazio temporale" è un'idea forte della modernità. Nella costituzione francese del 1793 si afferma che un popolo ha sempre il diritto di riformare e cambiare le sue leggi perché una generazione non può assoggettare alle sue scelte le generazioni future e questo principio trova un eco nello stesso preambolo della carta dei diritti ove si parla di responsabilità e doveri nei confronti delle generazioni future.

La diversa prospettiva è altrettanto chiara.

Si da rilievo al tempo e allo spazio criticando quella che si definisce "la dittatura del breve periodo", "divenuto argomento per bilanciamenti di interessi che sacrificano i diritti alla logica del mercato e per sottrarsi in tal modo alle valutazioni e alle responsabilità legate alla più lunga durata", [23] la quale evoca principi che "si riferiscono a situazioni irriducibili a qualsiasi confine"[24]. Un nuovo realismo, dunque, che superi la limitazione dello spazio e del tempo proprio dell'ideale giacobino e della costruzione dello Stato moderno.

Questa visione è prevalente ma restano le tensioni. Oggi evidentissime.

Si è detto benissimo [25] che nel novecento si sono avute trasformazioni straordinarie, al contrario di ciò che era avvenuto nei millenni precedenti. Il secolo "iniziato ancora con i lumi a petrolio e le carrozze a cavalli, si è concluso con internet e con i *jet* transoceanici. La nostra pratica e la nostra percezione politica e dei rapporti sociali non si sono trasformate di meno".

La forma democratica borghese svuotata dai regimi totalitari della prima metà del secolo, ha rappresentato, dagli anni cinquanta in poi, la premessa fondamentale di ogni convivenza civile nel mondo occidentale e finisce oggi per subire fortissimi attentati.

Da un lato si mostra impotente nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche sedi invisibili le decisioni e il potere che incide sulle elementari regole della convivenza civile. Dall'altro si sta manifestando in modo sempre più evidente la sfiducia nel rapporto fra voto e rappresentanza, parlamenti e partiti che si reputano non più capaci di esprimere" correttamente, senza stravolgimenti e usurpazioni, l'autentica volontà collettiva[26]". In Italia le vicende recenti mostrano" una democrazia che sta perdendo il suo popolo"[27]. Ciò che sta accadendo in Europa è ancor più grave.

[20] VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Riv.dir. priv.*, 2012, p. 3.

[21] GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, a p.3 il riferimento critico al libro di HOBSBAWM, *Il secolo breve*, Milano, 1995, *passim*.

[22] L'espressione, come è noto, si deve a Dworkin.

[23] RODOTÀ, *op. cit.*, p. 21 "principi come la tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, di prevenzione e precauzione, che spingono il loro raggio di azione proprio nella direzione della garanzia di altri tempi e di altri soggetti"; e ivi il richiamo in nota a DONOLO, *Il sogno del buon governo:Apologia del regime democratico*, Milano, 2011, p.172 ss.; PERSANO, *La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero giuridico francese tra Ancien règime e Rivoluzione*, Macerata, 2007, pp. 151-207; Aa. Vv., *Un diritto per il futuro:Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di Bifulco e D'Aloia, Napoli, 2008, *passim*; CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, *passim.*

[24] RODOTÀ, *op.cit.*, p. 21. I confini sono " strumento mediante il quale riconosciamo e classifichiamo il molteplice con cui siamo continuamente costretti ad interagire" (p. 111) ma anche mezzo " di difesa o esclusione, riparo o prigione, registrazione di una realtà o imposizione artificiale di un vincolo".

[25] SCHIAVONE, *Non ti delego*, Milano, 2013, p.17.

[26] SCHIAVONE, *op. cit*. p. 23-24.

[27] SCHIAVONE, *op. loc. ultt.citt*.

L'assenza di una piena struttura politica unitaria può determinare conseguenze drammatiche sul funzionamento della democrazia, non fosse altro perché la sola regolazione economica comporta una distribuzione di costi e benefici, non sottoposto ad un controllo democratico. Di più. Mentre i governi rispondono di fronte agli elettori dell'assetto distributivo realizzato nel tempo, l'Unione non ha responsabilità diretta e ha privilegiato una competenza tecnica alla lunga intollerabile per un motivo evidente. L'Europa non può eludere scelte comuni sull'equità sociale e fiscale all'interno dell'Unione senza incidere sui fondamenti stessi della democrazia[28].

Il modello costituzionale in Italia e non solo, dopo la seconda guerra mondiale, era ispirato da un'idea. Glissare sui fondamenti sui cui l'accordo sarebbe stato impossibile e puntare sui contenuti sui quali le diverse impostazioni ideologiche avrebbero confluito. La strategia ebbe successo e i diritti sono diventati fondamentali anche se "infondati". Qualcosa di simile è accaduto, per ragioni diverse, nell'Unione europea ma ciò è stato possibile per la spinta delle tragedie appena alle spalle o per il faticoso cammino dell'integrazione e non può bastare oggi in una società scossa dal presente e del tutto incerta sul proprio futuro. Il problema del contenuto dei diritti è centrale e ne è prova il dibattito sul recente Trattato europeo.

3. Contenuto dei diritti e *fiscal compact*.

L'analisi del Trattato europeo e della Legge costituzionale italiana sul pareggio di bilancio forniscono un dato essenziale del presente su cui riflettere. Le premesse del primo testo evocano la gravità della crisi e un tentativo di risposta basato su alcuni fondamentali aspetti.

La previsione di politiche economiche rigorose nelle economie nazionali ritenute indispensabili per una maggiore crescita e stabilità della zona euro. La necessità a tal fine di regole specifiche e misure correttive,[29] da munire di un *enforcement* efficiente. Da qui l'imposizione del pareggio di bilancio nei singoli ordinamenti nazionali, "soggetto alla giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea,[30] e la previsione di sollecitazioni o costrizioni, volte a ridurre il disavanzo e il debito pubblico[31].

La struttura del Trattato è chiara e scandita in poche e precisi obbiettivi riassunti nel primo articolo con il quale le parti contraenti: "convengono di rafforzare il pilastro economico dell' unione economica e monetaria adottando una serie di regole intese a rinsaldare la disciplina di bilancio.., a potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche e a migliorare la *governance* della zona euro, sostenendo in tal modo il conseguimento degli obbiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale".

Poco dopo in Italia, con una legge costituzionale approvata a larghissima maggioranza, si è modificato l'art. 81 della nostra carta costituzionale, il quale prevede, ora, che "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è con-

[28] MORAVSCIK, in *Yves Mény e Andrew Moravscik discutono di democrazia europea*, Bologna, 3, 2009, pp. 457, 460-461, 464-466. Ho ripreso questo dialogo in VETTORI, *I Principi comuni del diritto europeo dalla Cedu al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ*., 2010, p.115ss. Osserva Mény che la "camicia di forza" imposta dall'Europa favorisce alcune ideologie e alcuni partiti ispirati e ne penalizza altri. Genera scontenti fra gli elettori che finiscono per privilegiare posizioni estreme. Urta contro un dato di fondo. Le scelte economiche in una democrazia matura devono essere oggetto di dibattito e decisioni condivise, sicchè la scelta è netta. O si riportano quelle decisione in un ambito nazionale o si democratizzano le sfere decisionali sopranazionali.
L'impossibilità della prima ipotesi induce a percorrere forzatamente la seconda. Tutto questo non comporterebbe affatto l'adozione di politiche sociali "predisposte e finanziate dalla Unione" che sarebbe un disastro, ma la ricerca di forme decisionali democratiche nel governo dell'economia rafforzata dalla supremazia del diritto. Certo è che l'Europa ha dedicato molti sforzi nella elaborazione di controlli e bilanciamenti nel percorso costituzionale che è uno dei pilastri di un assetto democratico."

[29] Come è noto il disavanzo pubblico non deve superare il 3% e il debito pubblico il 60% del prodotto interno lordo con una riduzione che consenta di avvicinarsi a tale percentuale.

[30] A norma dell'art. 273 Trattato sul funzionamento dell'Unione, con possibilità per la Commissione, *ex* art. 260 Tfu, di comminare sanzioni pecuniarie per lo Stato che non si sia conformato a una sentenza di tale organo.

[31] Tutto ciò nel "rispetto del ruolo specifico delle parti sociali" riconosciuto dalle legislazioni nazionali, "senza alterare in alcuna maniera le condizioni di politica economica alle quali è stata concessa assistenza finanziaria a una parte contraente nell'ambito di un programma di stabilizzazione", avvalendosi di tutti gli strumenti della cooperazione rafforzata di cui agli artt. 20 e 326-324 Tfu fra cui una in particolare, "La procedura per la discussione e il coordinamento *ex ante* tra le parti contraenti la cui moneta è l'euro di tutte le grandi riforme di politica economica da loro previste, ai fini di una valutazione comparativa delle migliori prassi".

sentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali".

Dunque le "fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico", l'equilibrio di bilancio e le limitazioni alla spesa pubblica, sono entrati, come principi ordinatori, nei Trattati europei e nella costituzione nazionale.

Resta da precisare l'impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perché tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose. Dall'idea che i diritti siano "un lusso superfluo" in un tempo di crisi, ove prevalgono l'esigenze della sicurezza e dell'economia, "alla convinzione, mai sopita, che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto"[32]. Da qui alcune osservazioni forti.

L'eccezionalità della spesa pubblica non interamente finanziata dalla tassazione è attaccato sia ideologicamente sia per il suo impatto attuale. Ciò perchè è difficile, se non impossibile, ipotizzare schemi pubblici di protezione sociale in una situazione di pareggio di bilancio, specie in un momento in cui in Italia, e non solo, gli istituti del *welfare* debbono essere disciplinati *ex novo* o ristrutturati con riforme costose non sostenibili, spesso, con un aumento della tassazione che ha raggiunto livelli assai elevati[33]. A questo si aggiunge l'impatto di tale scelte in una situazione di medio periodo caratterizzata ancora da scarsa crescita o recessione.

In Italia si parla, autorevolmente, di una nuova fase costituente avviata senza una specifica consapevolezza dei cittadini e senza la capacità di guardare oltre l'emergenza[34]. Una disciplina che mette in dubbio le possibilità di politiche sociali ammesse dalla Costituzione, riduce i margini di manovra dei governi, impone politiche economiche restrittive condannate da eminenti economisti, sino a determinare, si dice con una metafora , l'incostituzionalità di Keynes.

Altri[35] individua nell'art. 3 del Trattato una norma suicida che tagliando la spesa pubblica pone a rischio l'intero sistema economico, in contrasto con lo stesso Trattato di Lisbona che aveva fissato un limite senza escludere la possibilità di indebitamento, incidendo pesantemente sulla sovranità fiscale degli stati e soprattutto sulle spese sociali con una conseguente riduzione dei servizi essenziali. Dalle pensioni alla scuola, dagli enti locali alla sanità, accentuando povertà e insicurezza[36].

La politica e la riflessione teorica, insomma, è in grande difficoltà ma ciò che accade sul versante giurisprudenziale, in Europa, è ancora oggetto di un attento dibattito a seguito di recenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia[37], su cui è opportuno soffermarsi.

---

[32] RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p.140 ss. Dal testo emerge subito un mondo dei diritti ampliato da nuovi cataloghi, alla ricerca di nuove garanzie globali," percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni e riconoscimenti".
Si isolano le radici culturali comuni intorno a valori fondativi che non sono mai state, dal 700 in poi di qua e di là dall'Atlantico, tirannie di minoranze, ma espressione di un diverso modo di interpretare libertà e interessi, in epoche e mondi diversi, alla ricerca di risposte effettive alla pienezza della condizione umana. Da qui l'anticipazione di una convinzione forte e di un metodo. I diritti mutano volto nel tramonto delle ideologie e delle narrazioni, nel trionfo del globale e della tecnocrazia, nell' ampliarsi delle disuguaglianze. Da mere declamazioni divengono "un codice di comunicazione che mette le persone in relazione fra loro. L'unica forza capace di contrapporsi alla legge naturale del mercato". L'elenco delle cose da fare per potenziare questo ruolo inizia dalla risposta ad alcuni atteggiamenti critici . Due su tutti. Occorre contrastare le riduzioni ad espressioni utopiche povere di contenuto. Isolare le "forme più insidiose e sottili dell'esplicito disconoscimento". Reagire contro una serie di attentati. Dal bilanciamento ineguale con le esigenze della sicurezza e del mercato, alla mera contemplazione dei diritti come forme che divorano la sovranità popolare espressa dal Parlamento, sino al disincanto che sfocia verso nuove obiezioni ancor più insidiose.
L'idea in particolare che i diritti generano guasti economici, siano un lusso superfluo in tempo di crisi, una diseconomia che legittimerebbe risposte diverse e già conosciute nella storia italiana ed europea del novecento. Basta pensare ai regimi autoritari che sono stati capaci di scambiare l'allargamento dei diritti sociali con una restrizione dei diritti civili o ad un metodo altrettanto noto e presente anche oggi. "La negazione dei diritti sociali come veri diritti per il loro legame con la distribuzione delle risorse disponibili".

[33] Così testualmente RODOTÀ, *Contenuto dei diritti e Fiscal Compact*, in *Repubblica* del 20 giugno 2012.
[34] RODOTÀ, *Contenuto dei diritti e Fiscal Compact*, cit., loc. cit.
[35] GUARINO, *Il pareggio di bilancio è illegale*, in *www.libreidee.org* (11 marzo 2013).
[36] GUARINO, *op. loc. citt*.
[37] V. Corte eur. dir. uomo, 31 maggio 2011, *Maggio ed altri v. Italia*, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce "Diritti politici e civili", n.177; Corte. cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Foro it.* 2013, I , c. 22 con note di ROMBOLI e di AMOROSO, ed ivi, c. 788 con note di SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale:la Cedu come parametro interposto di costituzionalità* e di DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme Cedu*; Corte giust., grande sez., 26

La Corte interna si è occupata di recente del caso delle "pensioni svizzere" determinato da un orientamento giurisprudenziale,[38] in base al quale il lavoratore italiano che avesse chiesto il trasferimento all' Inps dei contributi versati in Svizzera in suo favore, calcolati in tale paese con un aliquota molto inferiore a quella prevista in Italia, "aveva diritto di ottenere che la pensione venisse determinata sulla base della retribuzione effettivamente percepita in Svizzera". La legge finanziaria del 2007[39] aveva eliminato , in via interpretativa, questo vantaggio per tali lavoratori e "fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della legge".

Dopo che la Corte costituzionale aveva respinto i dubbi di costituzionalità sollevati dalla Corte di Cassazione[40], la Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta sostenendo che lo Stato italiano con la legge del 2007 aveva "violato i diritti dei ricorrenti intervenendo in modo decisivo per garantire che l'esito del procedimento in cui essi erano parti fosse loro favorevole". Le motivazioni sono riassunte nella motivazione della Corte costituzionale invitata ancora a pronunziarsi sul caso[41].

La Corte europea ha censurato l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia sulla base del primato del diritto e del giusto processo contenuto nell'art.6 cedu e invitato alla massima cautela nell'adottare tali tipi di interventi giustificati da motivi di interesse generale. Specificando che *"*considerazioni di carattere finanziario non possono, da sole, giustificare che il legislatore si sostituisca al giudice al fine di risolvere le controversie*"* e che, nella specie, non era convincente, per superare i rischi della retroattività, la *ratio* della legge volta a ripristinare un equilibrio nel sistema pensionistico "eliminando qualsiasi vantaggio goduto dalle persone che avevano lavorato in Svizzera e versato contributi inferiori".

La risposta della Corte interna è precisa nell'affermare alcuni principi di grande rilievo.

a) Spetta alla Corte il controllo del rispetto dei controlimiti[42] e in particolare i motivi di interesse generale che suggeriscono al legislatore nazionale un intervento interpretativo.

b) Nel ribadire il carattere interposto delle norme cedu, ai sensi dell'art. 117 cost., si ricorda che il confronto fra la tutela prevista dalla Convenzione e dalla Costituzione interna deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie individuali e al bilanciamento con altri interessi protetti da altre norme costituzionali. Il che comporta un "margine di apprezzamento nazionale".

c) "La tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme coordinate ed in potenziale conflitto".

d) La norma cedu, come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento in tutti i giudizi della Corte interna[43] volti non "all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele".

Sulla base di tali principi si risolve il caso di specie.

La Corte interna avverte la necessità, sollevata dalla Corte europea, di usare la massima cautela nell'utilizzo di una normativa retroattiva e richiama la propria giurisprudenza sul punto[44]. Tuttavia si reputa che sussistano nella specie "preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva". Ciò perché la disposizione incrimi-

---

febbraio 2013, C-399/11 *Melloni v. Ministero Fiscal*, in *curia.europa.eu* e in *www.dirittticomparati.it*, 2 aprile 2013, p. 1, su cui v. il commento di RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in *www.dirittticomparati.it*; CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irrogata* in absentia, in *Corr. giur*., 2013, n. 4, p. 8 ss.; ID. *Da giudice (nazionale) a giudice (eurocomunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in *www.europeanrights.eu*.

[38] Mutato poi, a seguito dell'intervento della Corte cost., con la sentenza delle Cass., sez. un., 8 agosto 2011, n. 17076, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 486.

[39] L. n. 296 del 2006 all'art. 1, comma 777°, aveva così interpretato l'art. 5, comma 2°, d.p.r. n. 488 del 1968.

[40] Corte. cost., 23 maggio 2888, n. 172, in *Rep. Foro it.* 2008, voce "Previdenza sociale", n. 278.

[41] Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264 cit.

[42] LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, cit., osserva (p. 17) che la tesi dottrinale dei controlimiti "pare potersi ritenere ormai superata (o almeno attenuata) soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell'odierni assetto interordinamentale" ed ivi il richiamo a TIZZANO, *Dall'unità nazionale all'integrazione sopranazionale*, in *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*. *Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2001*, Milano, , p.9 ss.

[43] V. il richiamo alla sentenza della Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Foro it.*, 2010, I, c. 359, con nota di ARMONE.

[44] Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15, in *Foro it.*, 2012, I, c. 659; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, 4, c. 3021; Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1676, con nota di LARNÈ. Il legislatore, nel rispetto dell'art. 25 cost., può emanare "disposizioni normative anche di interpretazione autentica, purchè la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo".

nata ricade nell'ambito "di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, 4°comma della costituzione […] ed assicura la razionalità complessiva del sistema, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri e così garantendo il rispetto dei principi di eguaglianza e di solidarietà".

4. La valutazione sistemica.

Sono almeno tre le indicazioni forti che si traggono da queste pronunzie.

Il valore sistemico[45] e non isolato dei diritti nell'Unione europea. La presenza nel bilanciamento dei vincoli imposti dalle modifiche dei trattati e delle costituzioni sul pareggio di bilancio e dalla razionalità complessiva del sistema da verificare alla luce dei fondamentali principi di eguaglianza e solidarietà. Il necessario confronto fra le norme cedu, la carta di Nizza-Strasburgo e la costituzione in funzione di un'integrazione delle tutele a livello comunitario.

Il che risulta, con luci e ombre, confermato dal recente caso Melloni in una controversia relativa "all' esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso dalle autorità italiane per l'esecuzione della sentenza di condanna ad una pena detentiva emessa in contumacia."[46]

Melloni era stato giudicato e condannato *in absentia* da un tribunale italiano in presenza di difensori presenti nelle rispettive fasi del giudizio; nel *recurso de amparo* aveva sostenuto la potenziale violazione della norma costituzionale spagnola sull'equo processo, nel caso in cui si fosse concessa l'estradizione verso uno Stato che considera legittime le sentenze di condanna contumaciali "senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che questi possa impugnare tali pronunzie". Il *Tribunal Constitutional* ha ritenuto ricevibile la contestazione e posto alla Corte di giustizia il quesito sostanzialmente sul punto. Se uno Stato membro "possa rifiutarsi di eseguire il mandato sulla base dell'art. 53 della carta dei diritti fondamentali a motivo della violazione dei diritti fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione nazionale".

Le sentenza della Corte è un precedente che merita attenzione. Per vari motivi.

L'art. 53 della carta era sempre stato inteso come un'espressione del principio di sussidiarietà costituzionale che attribuiva, appunto, un carattere sussidiario al testo in presenza di una tutela nazionale più intensa dei diritti fondamentali. Ebbene nel punto centrale della decisione della Corte di giustizia tale principio appare invece corretto[47] con la precisazione che le autorità e i giudici nazionali possono " applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione(60)."

Le perplessità leggendo tale passaggio della motivazione appaiono più che giustificate.

La Corte assume un unico punto di vista, trascura le diversità nazionali e il loro fare sistema, abbandona la prospettiva del valore prioritario della dignità della persona emersa chiaramente nel caso Omega, trascura il metodo del dialogo come unico strumento per assicurare quella unità nella diversità su cui si è inteso costruire l'Unione[48].

Purtuttavia una lettura attenta della "trama argomentativa" della pronunzia[49] porta a ritenere corretta la soluzione applicata al caso se si segue un diverso percorso che consideri il primato del diritto comunitario e le fondamenta della tradizioni costituzionali di ogni Stato come "coppia assiologia fondamentale".[50] Dal cui confronto i controlimiti potrebbero alcune volte manifestarsi ma altre volte "rimanere silenti" in un bilanciamento fra ordinamenti diversi che si esprime in un sistema complesso che può comportare "il doveroso bilanciamento della pretesa di un singolo, pur se espressiva di un diritto fondamentale, con un interesse della collettività", come è accaduto nel caso di specie nel ponderare i diritti individuali con i principi del giusto processo. Dove "la richiesta di ripetizione del giudizio svolto in *absentia* è venuta a scontrarsi con l'interesse sotteso al giudicato e (con la) esigenza di funzionalità di un processo nel corso del quale, pe-

[45] LUPO, *op. cit.*, pp. 17-18, osserva che "la visione sistemica della tutela dei diritti va oltre in concetto di integrazione tra ordinamenti che ha finora dominato la scena" "segnando un significativo avanzamento in sede nomofilattica dell'ottica multilivello, orientando definitivamente l'interprete verso una visione realmente sistemica della tutela dei diritti nell'ordinamento integrato".

[46] Corte giust., 26 febbraio 2013, cit.

[47] RUGGIERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, cit., loc. cit.; CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (comunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, cit., loc. cit.

[48] RUGGERI, *op. loc. ultt. citt.*

[49] CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena* irrogata in *absentia*, cit., p.8.

[50] SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, *passim*.

raltro, certe garanzie soggettive non erano venute meno"[51].

Da qui l'idea che la Corte non ha motivato correttamente una scelta che si giustifica solo precisando che il primato comunitario e le tradizioni nazionali debbono essere confrontati e giungere ad una soluzione applicativa solo dopo aver dimostrato che essa è frutto del modo con cui la coppia assiologia della unità nella diversità fa sistema. Secondo ciò che da tempo la nostra Corte costituzionale sta sollecitando. Ma il sistema va costruito, (secondo gli insegnamenti del *Principe*) sulla realtà effettuale (e non sull'immagine di essa) e l'osservazione ci è di aiuto.[52]

I dati sulle situazioni a rischio di esclusione sociale in Italia e in Europa sono impressionanti e suonano come un monito fortissimo per ogni analisi. "La povertà (si è detto) è la potenza più misteriosa del nostro tempo, la segreta officina in cui forse si costruisce la storia futura.[53]" Ne sono convinto. Aggiungo solo che diminuiscono in modo enorme le opportunità, si impoveriscono le attese e sono diversi gli strumenti per operare in questa officina. Resta da chiedersi che fare.

Si può puntare su di un ruolo forte della solidarietà, seguendo un pensiero che ha avuto un ruolo centrale nelle scienze sociali a cavallo dei due secoli passati[54] o rivalutare il ruolo della cooperazione[55] e della coesione, per rintracciare i legami che possono unire e consolidare una società. Oppure si può operare su un diverso fronte non del tutto complementare. La costruzione giuridica di diritti connaturati all'esistenza[56].

Il rilievo normativo di tali situazioni è scandito dalla costituzione di Weimar ove si parla (nell'art. 151) dei "principi fondamentali della giustizia allo scopo di assicurare a tutti un'esistenza degna dell'uomo" e trova conferma in altre carte successive. Dagli artt. 3 (dignità sociale) e 36 ("esistenza libera e dignitosa") della costituzione italiana, all'art. 23.3 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ("una esistenza conforme alla dignità umana") sino all'art. 34.3 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("un' esistenza dignitosa"). Da tutto questi dati emerge "un diritto all'esistenza […] (che) impone di andare oltre il grado zero dell'esistere […] (e) di liberarsi da un riduzionismo biologico che ha come parametro la garanzia di un minimo vitale" " un qualcosa che eccede la nuda vita (e) si riempie di contenuti ulteriori".[57]

Una costruzione difficile che si incrocia con la lotta alla povertà[58], con le difficoltà di dare un contenuto effettivo ai diritti sociali[59], con la riflessione di tutte le scienze sociali e della varie teorie sulla

[51] RUGGERI, *op. loc. ultt. citt.*

[52] I dati riportati sono stati riferiti da molte fonti. Si veda quanto riferito da *Repubblica* del 27 febbraio 2013 "Un minorenne su tre in Italia - nel 2011 - è risultato a rischio "povertà o esclusione sociale". "Il dato allarmante emerge dall'indagine dell'Eurostat condotta sulla popolazione dell'Unione europea, dalla quale si evince che a soffrire maggiormente di questa condizione sono i figli di genitori con un basso livello di formazione ed educazione. A livello di Europa a 27 membri, i bambini sono la categoria più a rischio di povertà ed esclusione sociale rispetto alle altre (adulti tra 18 e 64 anni ed oltre 65enni). Nel 2011, il 27% dei minorenni era a rischio, contro il 24% degli adulti e il 21% degli anziani. I dati relativi all'Italia per tutte le categorie superiori alla media. Dominano appunto i minori con il 32,3% dei potenziali rischi, il 28,4% degli adulti e il 24,2% delle persone anziane. Nel complesso, il 28,2% della popolazione è a rischio povertà ed esclusione sociale contro una media continentale del 24,2%. Nel 2011 le situazioni più preoccupanti per gli under 18 si sono registrate in Bulgaria (52%), Romania (49%), Lituania (44%), Ungheria (40%) e Irlanda (38%, dato relativo al 2010); quelle migliori si segnalano invece nel Nord Europa, con Svezia, Danimarca e Finlandia al 16%, seguite dalla Slovenia (17%), dai Paesi Bassi e dall'Austria rispettivamente al 18 e al 19%. Quanto ai Paesi più rappresentativi, la Germania le condizioni critiche riguardano il 19,9% dei ragazzi, in Francia il 23%. Oltre al livello di istruzione dei genitori, un altro elemento discriminante è quello dell'essere figlio di migranti; quando almeno uno dei due genitori è straniero aumenta infatti il rischio di povertà. Questa riguarda infatti il 32% dei bambini con un genitore immigrato rispetto al 18% dei bambini che hanno entrambi i genitori nativi del Paese di residenza. La tendenza riguarda in linea di massima tutti i Paesi dell'Europa, le disuguaglianze minori si trovano invece in Repubblica Ceca".

[53] IRTI, *Occasioni novecentesche sul cammino del diritto*, Napoli, 2012, p.18.

[54] BLAIS, *Solidarietà. Storia di un idea*, Milano 2012, *passim*.

[55] SENNET, *Insieme. Rituali,piaceri,politiche della collaborazione*, Milano, 2012, *passim*; e PERULLI, *Il dio contratto. Origine e istituzione ella società contemporanea*, Torino, 2012, *passim*.

[56] MARELLA, *Il diritto all'esistenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, p.673 ss.

[57] RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 232-233 e gli studi premonitori di PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, *passim*; ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, *passim*.

[58] REVELLI, *Poveri noi*, Torino, 2010, *passim*.

[59] ROMAN, *Droit de pauvres, Pauvres droit ? Recherches sur la justiciabilité de droits sociaux*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, *www.droitsociaux.u-paris10.fr.*, novembre 2010, cit. da RODOTÀ, *op.cit.*, p. 233.

giustizia e della forma democratica in particolare[60]. Situazioni soggettive che per evitare riduzionismi vanno collocate nell'ambito della cittadinanza intesa come insieme di diritti che appartengono necessariamente alla persona e che trovano fondamento nel contenuto degli artt. 3 e 36 cost.

Gli ostacoli che derivano dalle logiche di mercato non possono negare questi dati, ma assumerli, anzi, nel necessario rilievo della articolazione della cittadinanza come "punto fermo di riferimento […] e come criterio per giudicare tutte le sue attuazioni parziali"[61]. Vanno in questa direzione le legislazioni esistenti sul reddito minimo garantito [62], la risoluzione del Parlamento europeo del 10 ottobre 2010[63], le riflessioni teoriche e le proposte sul reddito di cittadinanza[64].

L'intreccio fra politica e diritto è qui evidentissimo e ci riguarda da vicino. Come si è osservato benissimo "i diritti diventano deboli se la politica li abbandona, ma la politica perde sé stessa se in tempi difficili non si fa politica di tutti i diritti", [65] come dimensione fondamentale nella costruzione di una identità positiva[66] in sintonia con il proprio tempo [67] e il proprio esserci.[68]

D'altra parte il diritto non svolge la sua funzione se non opera una valutazione sistemica fra istanze soggettive e interesse generale commisurato al tempo in cui viviamo [69], con uno sguardo al passato e la tensione verso il futuro[70] con criteri che spetta alla legge e ai giudici risolvere nel rispetto delle loro rispettive competenze.

Le norme di riferimento sono note. La dignità della persona contenuta nell'art. 1 carta della Carta di Nizza-Strarburgo[71] come principio fondamentale e limite interno di ogni diritto e i principi costituzionali dell'ordinamento europeo imperniati sulla sussidiarietà costituzionale e l'economia sociale di mercato[72]. Due clausole generali che debbono sorreggere l'attività del legislatore e l'interpretazione dei giudici nei rispettivi ruoli non facili da fissare.

[60] RODOTÀ, *op.cit.*, p.236 e il richiamo ai *basic rights* e alle opere di Henry Shue, Jon Rawls, Thomas Pogge, Bruce Ackerman.

[61] RODOTÀ, *op.cit.*, p. 242.

[62] GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

[63] RODOTÀ, *op.cit.*, p.244.

[64] BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Torino, 2011, *passim*; ID., *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea:dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, n. 130, p. 225 ss.

[65] RODOTÀ, *op. cit.*, p.211 e il richiamo a JOINET, *Question of impunity of perpretrators of human rights violations (civil and political), Final Report, Annex I, Principle 1, United Nations Documents, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1*,2 ottobre 1997. Tutto ciò esige "un cambiamento radicale basato sull'eguaglianza e la dignità, potenziato da una acquisizione antropologica che mette al centro l'autodeterminazione della persona, la costruzione di identità individuali e collettive, nuovi modi di intendere i legami sociali e le responsabilità pubbliche",sino al diritto alla verità e all'esistenza. Aspetti questi ultimi dal rilievo centrale. C'è un diritto a "conoscere la verità sui fatti passati e sulle circostanze e le ragioni che […] hanno portato a commettere crimini aberranti", perché " l'esercizio pieno ed effettivo del diritto alla verità è essenziale per evitare che tali fatti possano ripetersi in futuro".

[66] RODOTÀ, *op.cit.*, p.211.

[67] RODOTÀ, *op. loc. ultt. citt.*

[68] NIETZSCHE, *Considerazioni inattuali*, trad.it. Montinari e Giannetta, Milano 2004, *passim*.

[69] RODOTÀ, *op. loc. ultt. citt.*

[70] BETTINI, *Sul perdono storico. Dono, identità, memoria e oblio*, in *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, a cura di Flores, Milano, 2004, p.38.

[71] V. ora RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit. p.179 ss. e l'ampia bibliografia citata; di recente RIPEPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, a cura di Ceccherini, Napoli, 2008, p. 11; ed ivi FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, p. 39; ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, p.57; GROSSI, *La dignità nella costituzione italiana*, p. 79; SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, p. 115. V. anche Aa. Vv., *La carta dei diritti fondamentali*, a cura di Giannitti, in *Comm. Scialoia e Branca*, Bologna, 2013 ; mi permetto di richiamare *Carta europea e diritto dei privati*, a cura di Vettori, Padova, 2002, *passim*; ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 29 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 165 ss.; ID. *Diritti e coesione sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, *passim*.

[72] NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012,5,644 ss.; LIBERTINI, *A "highly competitive social market economy" as a founding element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 498 ss.; ID., *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 2 e in *www.personaemercato.it*.

5. Le tecniche applicative. Disapplicazione e interpretazione conforme.

La molteplicità dei soggetti che producono regole, la complessità del sistema post-moderno[73] e il ruolo normativo dei principi costituzionali, hanno mutato l'architettura istituzionale democratica e il rapporto fra i poteri. Tutto ciò è scandito dal passaggio dalla stato liberale di diritto allo stato costituzionale ma tutto ciò pone interrogativi forti.

Fino a che punto il peso della giurisdizione e l'inviolabilità dei diritti si concilia con le libertà politiche della struttura democratica e con il ruolo della politica?[74] Quali sono i rischi di un costituzionalismo che si limiti a proclamare i diritti e quali i vantaggi di un ritorno ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere?[75]

Ciò in presenza di precise contraddizioni e minacce del presente.[76] Più che un età dei diritti molti definiscono il nostro tempo come età della "sorveglianza, del controllo, della registrazione, della valutazione, della prevenzione, della paura, del terrore"[77]. Da tutto ciò nascono nuove domande: " è al tramonto l'età dei diritti o questi devono rifugiarsi in un'area dove pesano di meno rispetto alla compatibilità economiche o alla sicurezza?[78]E' sufficiente un richiamo astratto alla persona "a riattivare la dinamica inceppata dei diritti dell'uomo?"[79]

A ben vedere questi dubbi perdono gran parte della loro forza se si riflette su due aspetti. "Ogni tempo conosce al suo interno una propria età dei diritti"[80]. "Una certa superbia della modernità ha indotto a generalizzare il suo modello sì che ogni scostamento deve essere una perdita, un collasso, un tramonto". Ma non è così.

Lo stato costituzionale è divenuto un nuovo progetto politico rafforzato dal nuovo sistema delle fonti, frantumate e potenziate da nuovi soggetti in ogni settore di attività: dalle situazioni personali ed esistenziali, ai rapporti economici e alla finanza. Il sistema si regge in virtù di un arco che poggia su due colonne distanti e complementari le norme e la loro applicazione,[81] sicché "legislazione e giurisdizione sono in un rapporto di reciproca comunicazione e interazione". La democrazia ha sempre più bisogno dei diritti fondamentali per la sua stessa sopravvivenza perchè l'attenzione ad essi "consente proprio di andare al cuore del modo in cui il potere si organizza e manifesta". La domanda non è a chi spetta l'ultima parola perché " politica, storia e diritto ci dicono che siamo sempre stati […] di fronte a complesse operazioni". L'importante è "fuggire dalle parole vane del legislatore e contrastare la parola prepotente del giudice"[82] con " una rinnovata alleanza fra legislazione e giurisdizione che definisca il passaggio dalla libertà dei moderni a quella dei contemporanei". Insomma intorno ai diritti è possibile la costruzione di una " identità costituzionale" che non implica chiusure,che non isola le persone, ma produce legami sociali e così non presenta i diritti come fattori di divisione".[83] L'immagine dei "diritti di carta" è falsa perché l'effettività deve essere misurata sulla cosa e con un diverso modo di osservare affidato in particolare all'interpretazione.

6. Dai codici alle costituzioni fra legge e giudici.

Dopo la fase di impegno per la attuazione delle norme costituzionali, l'emergere di un ordinamento sopranazionale, il riconoscimento (nell'art. 117

[73] GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 3 ss.

[74] FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione: L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di Fioravanti, Roma-Bari, 2009, p. 32; ed ivi DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, p. 45.

[75] LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur.comm.*, 2006, n. 2, p.1668.

[76] RODOTÀ, *op.cit.*, p. 93 ss. "Le difficoltà finanziarie riducono la dotazione dei diritti in generale o per determinate categorie di cittadini, con il rischio di una nuova cittadinanza censitaria".

[77] RODOTÀ, *op. cit.*, p. 93 ss.

[78] RODOTÀ, *op.cit.*, p. 90.

[79] ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007, p. 91.

[80] RODOTÀ, *op. cit.*, pp.102-103:

[81] RODOTÀ, *op. cit.*, p. 58: "Nei diritti si è rifugiata l'unica democrazia possibile nel tempo della globalizzazione ". Il processo in corso non può essere definito come la sopraffazione di un potere sull'altro ma "con la difficoltà della politica (e delle categorie giuridiche che l'hanno accompagnata) di trovare la misura adatta per entrare nell'età presente"

[82] RODOTÀ, *op. cit.*, p.63 ss.: in part. p.67 ove si ricorda il ruolo delle autorità che "tentano di relativizzare, se non di rendere marginale il ruolo di legislatori e giudici" con un progressivo svuotamento anche della politica.

[83] RODOTÀ, *op. cit.*, p. 68. I diritti si presentano come limiti alla discrezionalità politica che non può essere esercitata in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti. Nello stesso tempo fondano l'azione politica dei cittadini volta a far sì che questi diritti possano ottenere rispetto e attuazione in forme differenziate, dalla sentenza del giudice, alla dichiarazione di incostituzionalità, all'azione di gruppi. Ci sono luoghi in cui questa esigenza si sta manifestando. Da alcune nuove costituzioni in America latina, alle carte regionali dei diritti, all'attività della Corte costituzionale e delle corti internazionali, l'emersione di nuovi soggetti collettivi. Il movimento ha un nome: costituzionalismo dei bisogni.

cost.) dell'ordinamento interno compatibile con quello dell'Unione, si sta delineando un "quadro sistematico generale […] attraverso il dialogo fra corti nazionali. Europee ed internazionali, con alcuni caratteri. La ricerca di una "diversità sostenibile", la tendenza della cedu ad esprimere principi generali capaci di incidere sui vari diritti, un nuovo dialogo che tende ad una visione sistemica[84] considerando " l'ordinamento nel suo complesso, quale frutto della sinergia fra norme (interne e sopranazionali) e corti (interne e sopranazionali)"[85]. Ciò in attuazione di una "giustizia del caso concreto" alla base dello stesso riconoscimento dei diritti fondamentali[86].

Due aspetti colpiscono in questa ricostruzione. Torna la tensione verso un sistema da costruire nel dialogo fra norme e giudici e si afferma la centralità del caso (del problema) su cui solo è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo generale. Il che evoca ancora l'importanza dell'interpretazione e delle tecniche applicative e dei rimedi. Vorrei dire qualcosa su entrambi i temi.

*a)*L'interpretazione conforme si è consolidata (almeno sino all'adesione della Unione europea alla cedu) come lo strumento più adeguato per la costruzione di un sistema integrato e due sentenze recenti sono precedenti importanti[87]. La prima della Corte di giustizia (*Maribel Dominguez*) ha ribadito, nell'applicazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88/Ce sul diritto alle ferie, il percorso da compiere per l'interprete, prima, con i criteri interpretativi, per assicurare la piena efficacia della Direttiva, poi con la verifica del possibile effetto diretto della norma comunitaria e in caso affermativo con la disapplicazione della norma interna difforme. La seconda sentenza della Corte europea dei diritto dell'uomo (*Costa e Pavan c. Italia*) nel condannare l'Italia per non aver riconosciuto il diritto ad una selezione nel reimpianto degli embrioni, ha consentito al giudice nazionale un'interpretazione adeguatrice della norma interna nella lettura offerta anche dalla Corte costituzionale[88].

*b)*La disapplicazione della norma interna è stata oggetto di un preciso intervento della Corte di giustizia[89] la quale ha ribadito l'importanza e il ruolo del giudice nazionale anche per quanto attiene all'attuazione dei diritti della carta di Nizza-Strasburgo. Si è disposto che "nel conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta […]" il giudice nazionale […] ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale". Ciò perchè sarebbe "incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione […] o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria" che riduca il potere di disapplicare le disposizioni legislative nazionali che siano d'ostacolo alla piena efficacia del diritto comunitario. Si reputa così contraria al diritto dell'Unione una prassi giudiziaria che subordini tale potere "alla condizione che il contrasto risulti chiaramente dal tenore della norma o della relativa giurisprudenza, dal momento che tale mediazione priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collabora-

[84] LUPO, *op. cit.*, p. 17-18, ricorda il ruolo trainante della nostra Corte di cassazione e indica due casi emblematici: *a)*l'ordinanza delle sez. un. n. 41694 del 18 ottobre 2012 (caso Nicosia), in *Cass. pen.*, 2013, p. 1793 sulla questione di legittimità dell'art. 315 comma 3 c.p.p. (sulla mancanza di udienza pubblica nell'ambito di un procedimento di riparazione per ingiusta detenzione), sulla base della decisione Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, n. 32075/09, caso *Lorenzetti v. Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3132, con nota di LO GIUDICE; *b)* l'ordinanza del 19 aprile 2012, n. 34472, in *Cass. pen.*, 2012, p. 369, con nota di MUSIO e GAMBARDELLA sulla possibilità per il giudice dell'esecuzione penale, in attuazione dei principi emersi dalla Corte eur. dir. uomo con la sentenza 17 settembre 2009 (in *Cass. pen.*, 2010, p. 832, con nota di ICHINO) di sostituire la pena dell'ergastolo con una pena minore modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi, di quella più favorevole. La Corte in tal caso reputa impossibile un'interpretazione della normativa interna in senso conforme all'art. 7 cedu e solleva la questione di costituzionalità investendo la Corte costituzionale come organo centrale nella realizzazione di un sistema stratificato di tutele.

[85] CASSESE, *Il Mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, p. 35; BRONZINI, *La tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 1, p. 53; RUGGERI, *Rapporti fra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlli mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[86] LUPO, *op. cit.*, p. 22; e RUGGIERI, *op. loc. ultt. citt*.

[87] Corte giust., 24 gennaio 2012, C-282/10, caso *Maribel Dominguez*, in *curia.europa.eu*, su cui il commento di LUPO, *op. cit*., p. 23 e di PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in *Il diritto europeo nel dialogo fra le Corti*, Milano, 2013, *passim*; Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Costa e Pavan v. Italia*, in *foro it.*, 2012, IV, c. 474, su cui LUPO, *op. cit*., pp. 24-25 e FALLETTI, *La diagnosi genetica reimpianto:una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur*., 2013, p. 234.

[88] LUPO, *op.cit.*, p. 24-26.

[89] Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, in *curia.europa.eu*

zione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta europea".

E' evidente come tale sentenza valorizzi la funzione del giudice nazionale nell'applicazione dei diritti fondamentali. Si esclude qualsiasi riferimento alla chiarezza del testo o della prassi giurisprudenziale esistente e si valorizza la iniziativa del giudice con il solo ausilio, se necessario, dell'interpretazione pregiudiziale della Corte. Una precisazione su cui dovremo riflettere.

*c)*Sul diritto ad un rimedio efficiente previsto dall'art. 47 carta di Nizza e dall'art. 13 cedu la Corte di giustizia ha preso posizione sul tema delicatissimo sulle conseguenze contrattuali del mancato rispetto da parte di intermediari finanziari dell'obbligo di valutare l'adeguatezza e del servizio da fornire[90]. In assenza di indicazioni da parte della direttiva la Corte ha precisato che spetta all'ordinamento interno "disciplinare le conseguenze contrattuali della violazione di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività gia precisati da precedenti significativi".

I rimedi pertanto non devono essere "meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"[91]. Sicchè il giudice nazionale deve verificare se "il diritto nazionale renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione" [92] (effettività), ed accertare le modalità di proporzione e procedurali del rimedio volta a "garantire nel diritto interno, la tutela dei diritti derivanti ai singoli dal diritto dell'Unione, esaminando "tanto l'oggetto quanto gli elementi essenziali di analoghi ricorsi di natura interna (proporzionalità)"[93].

Il richiamo alle tecniche interpretative sollecita in questo momento alcune considerazioni essenziali. L'oggettività del risultato esegetico non può che essere misurata sull'essere delle scienze umane che non è quello delle scienze della natura. Il civilista ha il limite del testo a cui deve garantire effettività in un sistema articolato di fonti, ma le categorie della complessità esigono solide costruzioni tagliate e misurate sulla cosa[94]. Ed è facile capire perché.

7. Un diverso modo di osservare.

L'unica conclusione possibile è questa. Il nostro tempo è un grande laboratorio entro cui si sperimenta la possibilità di una nuova età dei diritti che necessita di un differente modo di osservazione dei fatti. Provo a spiegare come. Con una metafora.

In una bella mostra fiorentina sulla primavera del Rinascimento si è messo "in luce le origini di ciò che ancora oggi viene definito il miracolo avvenuto a Firenze nei primi anni del 1400". L'avvio di un epoca nuova sboccia nel 1401 con il concorso per la seconda porta del Battistero che coinvolge Ghiberti, Brunelleschi, Donatello ed altri. "I temi e la forza dell'antichità classica vennero assorbiti e trasformati attraverso la scultura in un linguaggio nuovo che detta voce non solo al fermento creativo cittadino, ma ai suoi umori spirituali, intellettuali e politici"[95].

Ebbene all'interno della mostra c'era un percorso che aiutava a comprendere quelle opere attraverso un differente modo di osservare, appunto. Dove l'immagine non era data (proclamata si potrebbe dire) ma era, piuttosto, l'esito di una esplorazione tattile[96].

In una sala dove vi erano copie di opere celebri c'era un cartello con su scritto: si prega di toccare!

Si invitava a sfiorare il gesso, il legno o il bronzo nei dettagli, ad occhi chiusi, passando la mano sui contorni per farsi un'idea della superficie. Si raccomandava di ricostruire l'immagine mentale per poi confrontarsi, riaperti gli occhi, con l'opera reale.

L'idea è che toccare aiuta a capire ciò che si è visto. Non solo.

In ogni sala c'era, all'ingresso, una formella del materiale usato per la scultura esposta. Si chiedeva di metterci le mani guardando le opere, perché il senso tattile aiuta a percepire in pieno la peculiarità e la grandezza della scultura che si ammira.

[90] Corte giust., 30 maggio 2013, C-604/11, *Genil 48 SL v. Bankinter e Banco di Bilbao,* in *curia.europa.eu*

[91] Corte giust., grande sez., 19 luglio 2012, C.591/10, *Littlewoods v. Her Majeesty's Commissioners,* in *curia.europa.eu,* punti 27, 28, 31 ove si cita ulteriore giurisprudenza.

[92] Corte giust., grande sez., 19 luglio 2012, cit., punto 28 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells,* 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04, in *curia.europa.eu* punto 57.

[93] Corte giust., grande sez., 19 luglio 2012, cit. punto 31 e il richiamo a la sentenza 29 ottobre 2009, C-63/08, in *curia.europa.eu.*

[94] BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, in corso di pubblicazione su questa rivista.

[95] SMAGHI, *Introduzione*, in *La Primavera del Rinascimento. La scultura e le arti a Firenze 1400-1460*, a cura di Paolozzi Strozzi e Bormand, Fondazione Palazzo Strozzi, Firenze, 2013, *passim.*

[96] Aa. Vv., *A contatto col passato, Riflessioni sul senso del tatto*, a cura di Bradburne, Fondazione Palazzo Strozzi, Firenze, 2013, *passim.*

L'idea mi è sembrata eccellente e mi ha suggerito un parallelo sulla percezione del contenuto dei diritti oggi. Un parallelo non futile, credo, perché la bellezza ha un canone comune alla giustizia. Il bello e il giusto indicano assieme la misura, l'equilibrio, la proporzione.

Ebbene osservare per comprendere i diritti della persona comporta la necessità di esplorare la loro carnalità, di toccare la loro essenza materiale, di percepire gli interessi e i bisogni che li fondano.

Solo attraverso questa piena esperienza di contatto con il caso concreto, si conoscono a fondo le situazioni esistenziali e si è pronti a identificare la loro rilevanza giuridica, che deve dar voce, come si dice, a diritti di carne e non di carta. Sicché l'osservazione anche tattile dell'interprete, nel senso che dicevo, esprime ciò di cui, oggi, abbiamo tutti bisogno nel riconoscere e garantire con pienezza i diritti di cittadinanza.

I RITARDI DI PAGAMENTO AL TEMPO DELLA CRISI

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Preambolo. – 2. Status del debitore nella disciplina sui ritardi di pagamento: l'alternarsi di norme imperative e dispositive. – 3. La forma espressa e la disciplina dispositiva dell'art. 4, c. 3 e 4: per un chiarimento. – 4. Patto di stabilità e ritardi di pagamento. – 5. La rinunciabilità successiva degli interessi moratori: traccia per una discussione. – 6. Il regime di una nullità assoluta: per un ordine pubblico economico al servizio della competitività. - 7. Il farraginoso coordinamento tra le discipline ed una singolare nota esplicativa del MEF. – 8. Epilogo: di alcune (fra le molte) vischiosità della cessione pro soluto agli intermediari creditizi.

1. Preambolo

Sono tanti i problemi interpretativi che suscita la disciplina novellata sui ritardi di pagamento[1]: e se alcuni sono da riconnettere all'improprietà di una nomenclatura legislativa che si ostina a declinare in termini di 'grave iniquità' quella che invece è una vicenda di puro abuso contrattuale del debitore ai danni del creditore[2], altri sono invece da imputare

[1] Sull'argomento, allo stato, i primi commenti più diffusi si leggono in *Annuario del contratto 2012*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2013, p. 368 ss.; T. PASQUINO, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Comm. cod. civ*., art. 1277 – 1320, a cura di Cuffaro, III, Torino, 2013, p. 633 ss.; V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D. Lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, Torino, 2013, mentre, con riguardo alla direttiva, a titolo informativo v. N. SANTI DI PAOLA, *Interessi dovuti e danni subiti per i ritardi nei pagamenti delle aziende sanitarie provinciali*, in *Il Civilista*, 2012, fasc. 1, p. 52 ss.; GNES, *La disciplina europea sui ritardi dei pagamenti (Commento a Direttiva 20117UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011),* in *Giornale dir. amm*., 2011, p. 821 ss.; CANAVESIO, *La nuova direttiva 2011/7/UE in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: prospettive di recepimento*, in *Contr. impr./Eu*., 2011, p. 449 ss. e, per un qualche spunto di maggior interesse, G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contr. imp*., 2012, p. 443 ss.

[2] Abuso, è vero, *di fatto* –almeno tendenzialmente- perché qui non si assiste alla sistematica deroga unilaterale al diritto dispositivo, per effetto di una predeterminazione unilaterale del contratto, ad opera del professionista, tipica dei contratti del consumatore. Da cui –poi- quella nullità delle clausole vessatorie, come una forma di *abuso del diritto*, che si legge, con completezza di argomenti, in G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 346 ss. È un abuso che trae origine dalla *situazione contingente* che precede la stipula del contratto. E tuttavia, quanto meno prima della novella, un abuso *di diritto* poteva forse prospettarsi anche nell'area dei ritardi di pagamento, segnatamente rispetto alla prassi, che vedeva protagonista la P.A. debitrice, di predisporre c.g.c. –e quindi dei bandi di gara- contenenti una deroga sistematica alla disciplina di legge. Gli è infatti che, con una *fictio iuris* alquanto discutibile, l'offerta dei privati concorrenti veni(va), in particolare, qualificata alla stregua di un'accettazione tacita di condizioni di pagamento diverse da quelle di legge. V., per una serrata censura, visto che la coppia bando – presentazione dell'offerta non sta certo a mimare quell'accordo derogatorio che piuttosto dovrebbe mostrarsi il risultato di un'apposita trattativa,

alla circostanza che, sotto la comune rubrica del D. lgs. 192/2012, convivono almeno due sottogruppi distinti di norme.

Di questa ridda di problemi qui, anche per ragioni di brevità espositiva, se ne passeranno in rassegna soltanto quattro: ma, fatta eccezione per la *vexata quaestio* delle clausole in deroga nulle perché gravemente inique ai sensi dell'art. 7, cc. 1 e 2, quelli selezionati sono da catalogare tra i più intriganti.

2. *Status* del debitore nella disciplina sui ritardi di pagamento: l'alternarsi di norme imperative e dispositive.

Ecco il primo.

Si legge, con una certa frequenza, che la disciplina sui ritardi di pagamento si compone di norme dispositive le quali, se disapplicate in maniera abusiva, si sostituiscono automaticamente alle pattuizioni in deroga *testualmente* nulle secondo quanto recita l'art. 7, c. 1. La *cifra* della normativa riformata sarebbe insomma da rinvenire nella previsione di una *correzione dispositiva* secondo lo schema di una nullità parziale necessaria che passa per una rivisitazione del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2, c.c[3]. Una rivisitazione che, nel lessico della migliore dottrina, prende il nome di *conformazione in senso debole*[4], visto quanto ormai l'integrazione del contratto, emendato della clausola abusiva, si presenti scissa ed indipendente dal comparto delle norme imperative.

La notazione, tendenzialmente esatta o plausibilmente tale per i contratti fra imprese private, sembra non esserlo affatto quando si faccia questione di un debitore Pubblica Amministrazione. Con riferimento a questa fattispecie le *norme imperative* si mostrano infatti numerose: ed è un viluppo tutt'altro che di dettaglio.

Tanto per cominciare, stando al disposto dell'art. 4, c. 4, quando come debitore si ha una P.A., è sì pattuibile un termine di pagamento superiore a quello ordinario -trenta giorni: art. 4, c. 2-, ma in nessun caso la dilazione potrà sopravanzare i sessanta giorni.

Quindi una –prima- nitida delimitazione, nel segno di quanto prescritto *innovando* dalla direttiva 2011/7/UE (art. 4, § 6), dei poteri contrattuali della P.A. Alla norma dispositiva se ne affianca, infatti, una imperativa[5]. La logica sembra scopertamente voler essere quella di *comprimere* l'autonomia negoziale della P.A., non di combattere un abuso, restituendo così l'immagine di un interesse generale che i maggiori oneri -per la P.A.- di un ritardato pagamento vulnerano[6]. E l'interesse generale –lo si vedrà nella chiusa di questo saggio- rimanda ad una nullità assoluta, affidata a quella collaudata norma proibitiva, rimontante e «dichiar[ante] 'fuori legge'» certe forme di accordo[7], vista come un baluardo in tempi di crisi.

CdS, sez. IV, 2 febbraio 20120, n. 469, in *Foro it.*, 2010, V, c. 245 ss. (ed ivi una qualificazione della disciplina in esame come un «*diritto diseguale* mirante a stabilire un equilibrio giuridico antitetico rispetto al potere reale dei paciscenti»: c. vo aggiunto).

[3] Che l'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo sia veicolata da un art. 1419, c. 2 c.c. reinterpretato alla luce delle regole del mercato, lo ha adombrato per primo M. BARCELLONA, *I nuoni controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 42. Successivamente ha mostrato una preferenza per questa idea A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 388, secondo il quale l'art. 1419, c. 2 sarebbe regola di *sistema*, nel senso di una previsione che legittima l'interpolazione nel contratto della norma abusivamente disapplicata ogni qual volta questa non si limita a formalizzare un divieto quanto e piuttosto si presenta come enunciativa «'in positivo' di regole atte a disciplinare i rapporti tra le parti». Quindi una tecnica di integrazione dispositiva che varrebbe pure per i contratti del consumatore. A questo proposito, per qualche perplessità –al contrario dell'art. 1374, l'integrazione ex art. 1419, c. 2 scorre lungo la linea della sola *legge* di talché, ove faccia difetto una norma puntuale estensibile analogicamente, il contratto sarà allora irrimediabilmente nullo, sia consentito il rinvio a S.PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, p.

[4] Il sintagma si legge in G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, p. 19 del manoscritto (che si è potuto consultare grazie alla cortesia dell'a.).

[5] V., nel senso del testo, anche V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 59.

[6] Oneri consistenti nel sovrapprezzo della fornitura sì da scontare i ritardi di pagamento dell'amministrazione pubblica committente. Va per altro chiarito che un interesse generale lega e sovrintende pure alla vicenda di un contratto tra imprese, se è vero che il ritardato pagamento finisce da un lato per diventare, in vista della partecipazione alle gare d'appalto, un criterio di selezione soggettiva tra le imprese –le più grandi rispetto alle PMI- dall'altro per costringere buona parte dei professionisti a servirsi di strumenti finanziari (sconto di fatture, richiesta di scoperto o di un finanziamento a breve oppure cessione *pro soluto* del credito).

[7] L'espressione si legge in S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 646.

Per inciso, ed anche qui si annida una discontinuità qualitativa, questo termine convenzionale *infra* sessanta giorni dev'essere *espressamente* pattuito (art. 4, c. 4), quando invece la *forma espressa* è condizione di efficacia del patto tra privati soltanto nel caso ch'esso sia *superiore* ai 60 giorni (art. 4, c. 3)[8]. L'onere formale aggiuntivo che fa così da corredo al termine convenzionale della P.A. debitrice dimostra come quell'esigenza di protezione del creditore, forma espressa significa invero che l'accordo non potrà perfezionarsi *per facta concludentia*, permane intatta anche in corrispondenza di *quel* caso in cui, attori della vicenda due contraenti privati, la legge non ha viceversa ritenuto che un pagamento differito per lo stesso periodo risulti così pregiudizievole per il creditore[9]. Significativamente, infatti, a perimetrare la validità di un *accordo tacito* tra due imprese, postergante il termine di pagamento *fino* a sessanta giorni, provvede soltanto il limite mobile di una grave iniquità. Dopo di che, è vero che il termine convenzionale deve provarsi per iscritto[10], sulla premessa che la documentalità se da un lato assicura certezza all'adempimento delle obbligazioni mette dall'altro il creditore al riparo da sorprese *in executivis*: epperò il requisito della forma *ad probationem* è un attributo che accomuna le fattispecie di cui ai commi 3 e 4.

Non v'è solo questo però.

Sempre ai sensi dell'art. 4, c. 4 termini convenzionali *infra* sessanta giorni *non* sono consentiti liberamente ma soltanto se giustificati dalla natura o dall'oggetto del contratto ovvero dalle circostanze esistenti al momento della stipula. Quindi un onere motivazionale, del quale non v'è traccia nella negoziazione tra imprese, che funge da *presupposto di validità* di qualsiasi accordo sui termini di pagamento. È da supporre, per altro, che il giudice sia ammesso a sindacare

a) se la ragione addotta risulti iscrivibile tra le forme legali di *giusta causa* così come a vagliare

b) se la motivazione allegata –nei capitolati generali d'appalto ovvero in una o più circolari- risulti generica o troppo indeterminata. Potrebbe avere ad es. un valore circostanziato il fatto che il credito dell'appaltatore verso la stazione appaltante sia subordinato alla concessione di un mutuo, contratto specificamente allo scopo di finanziare l'opera, mentre ne sarebbe senz'altro carente una dilazione che si volesse motivata sulla difficoltà di procedere tempestivamente all'attività di verifica delle fatture ricevute a cagione di una farraginosa organizzazione interna dell'ente. Lo stesso discorso, naturalmente, dovrebbe farsi per la clausola del bando che motivasse il pagamento tardivo in modo generico, rinviando per una determinazione più specifica al momento della stipula del contratto. Per quanto l'art. 4, c. 4 impieghi una formula aperta, trattasi infatti di una previsione strutturata secondo il canovaccio della tipicità enumerativa: sicché non sembra proprio che si presti a venire declinata in termini di *ati-*

[8] Il distinguo è già nella direttiva 2011/7: v. art. 3, § 5 ed art. 4, § 6. *Forma espressa*, è vero, non sta per *forma scritta*: sicché il patto potrà perfezionarsi anche *verbalmente*, purché sempre si tratti di una forma chiara ed inequivoca, senza margine quindi per una manifestazione implicita di volontà. Un esempio, per altro, può forse illustrare la pronunziata vischiosità che, all'inverarsi di determinate circostanze, disvela un dato normativo in realtà soltanto in apparenza provvisto di una qual certa univocità. Si immagini che in una fattura sia accluso un termine di pagamento superiore a sessanta giorni –per es. 80- ma minore di quello riportato -100 ad es.- nell'ordine dell'acquirente. In questo caso, ove la fornitura senza una qualche opposizione venisse accettata, siccome a fare difetto sarà qui il requisito dell'accordo espresso visto che il *nuovo* termine è stato unilateralmente indicato dal creditore, dovrebbero trovare applicazione in realtà i termini di legge. Quindi un pagamento *a trenta giorni*. Gli è infatti che l'eventuale accettazione della fattura, poiché integra gli estremi di una volizione *per facta concludentia* in contrasto con quanto prescrive la legge per termini di pagamento superiori a sessanta giorni, sarebbe carente di un qualsiasi effetto. Né, com'è facile arguire, potrebbe soccorrere il termine disposto dall'acquirente giacché la manifestazione espressa difforme del fornitore ha comunque impedito il perfezionarsi della fattispecie di legge. La vicenda che si delinea finisce così per mettere in mostra un risultato utile per il creditore nient'affatto marginale: perché se costui effettua una *variatio* –per lui *in melius* ma *in peius* per la controparte- ove il debitore non rifiuti la consegna della merce ovvero non provveda a contestare la fattura, potrà beneficiare di quei termini legali che *in concreto* erano stati *vicendevolmente* derogati. Niente toglie, naturalmente, che il debitore, nell'esempio sunteggiato, prima di fare acquiescenza ad una fattura con *nuovi* termini in deroga, negozi col creditore una modifica, confezionando così un accordo espresso ovvero, nel caso il dissenso permanesse o il diverso termine indicato gli risultasse sconveniente, rifiuti la prestazione.

[9] Di un accordo che la legge non ha reputato «penalizzante» discorre V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 70.

[10] Quindi una forma *ad probationem*, di conio domestico posto che la direttiva 2007/11 non la contempla, sì funzionale al debitore ma anche di *protezione dell'affidamento*. In quanto forma della prova –e non dell'atto- al divieto che si legge negli artt. 2724 e 2729, c. 2 - eccezion fatta per l'ipotesi della perdita incolpevole del documento: artt. 2724, n. 3 e 2725, n. 1 c.c.- si accompagnerà *more solito* il regime probatorio della confessione e del giuramento. Per altro, rispetto ai contratti in essere, è da credere che, ai fini della sua precostituzione, dovrebbe bastare affidarla al primo scambio di documenti esecutivi dell'accordo originario.

picità, come evidentemente avverrebbe ove si volesse riconoscere rilievo a dei *giustificati motivi soggettivi* della P.A. (es. i fatti relativi all'articolazione interna dell'ente pubblico debitore).

Ancora.

Ai sensi dell'art. 4, c. 5, il termine di pagamento ordinario è raddoppiato -60 giorni- nei contratti ove debitore sia un'impresa pubblica di cui al D. lgs. n. 333/2003 ovvero un ente pubblico di assistenza sanitaria. Quindi, nella fattispecie *de qua*, si ha un termine legale coincidente col limite massimo di validità di quello convenzionale. La rigidità del termine è tale che non sembra darsi il caso, per l'impresa pubblica partecipata finanziariamente dallo Stato o l'ente sanitario, di *pattuire diversamente* adducendo una delle ragioni giustificative di legge.

Residuano gli ultimi due casi, rispettivamente:

-stando alla lettera dell'art. 5, c. 1, è ammessa la facoltà di concordare un tasso, per gli interessi di mora, diverso dalla misura legale. Ma, fermo restando naturalmente il limite della grave iniquità, se parti del contratto sono due imprese private giacché, nelle transazioni commerciali tra imprese e P.A., la previsione contrattuale di un tasso *in peius* è implicitamente esclusa[11], ov'anche volesse farsi questione di un saggio superiore a quello legale ex art. 1284 epperò inferiore a quanto stabilito dall'art. 5. Nelle transazioni commerciali con la P.A. debitrice il tasso legale è *soltanto* quello previsto dal decreto. E l'inderogabilità della disposizione rende *superflua –recte* di esclusiva pertinenza dei contratti tra imprese, la norma che si legge nel comma 3 dell'art. 7, quanto alla presunzione assoluta di grave iniquità –leggi di abusività- della clausola che contempli l'esclusione degli interessi moratori.

-è infine nulla secondo l'art. 7, c. 4, allorché debitore sia la P.A., la clausola che abbia ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. Clausole del genere, in quanto incidenti sulla decorrenza dei termini di pagamento, visto che la finzione di una data di ricevimento convenzionale posteriore alla ricezione effettiva della fattura per riflesso *posterga*, finirebbero in effetti per mascherare una deroga obliqua ai termini massimi fissati *ex lege*. Di qui una nullità, comminata dall'ultimo capoverso del 4 comma, ma non sul canovaccio valutativo che assiste le clausole gravemente inique, rilevabile officiosamente[12].

Anche un altro dato, per inciso, è certo inconfutabile: il catalogo sunteggiato non vale, questo *a contrario* si deduce dalla *littera legis*, allorquando la P.A. sia creditrice, riespandendosi allora la stessa derogabilità convenzionale che assiste le transazioni commerciali tra imprese.

Orbene, di primo acchito viene facile notare che il tratto accomunante le plurime fattispecie testé richiamate è la natura scopertamente *imperativa* delle norme che le reggono. Il che importa subito un preciso risultato: qualsiasi patto contrario sarà *automaticamente* nullo per contrarietà ad una norma *inde-*

[11] Naturalmente niente osta a che le parti, e quand'anche debitore fosse la P.A., convengano un tasso di interesse superiore a quello legale. Deroga che, in quanto *in melius* per il creditore, certo non soggiace al limite dell'art. 7. La previsione di un tasso di interesse superiore a quello legale chiamerà naturalmente in causa la riducibilità giudiziale ex art. 1384 c.c. nel caso di un importo manifestamente eccessivo. È assodato infatti che la pattuizione convenzionale degli interessi moratori ha la natura di una clausola penale per il ritardo nell'adempimento.

[12] La circostanza che la rilevabilità officiosa, *maxime* quando si faccia questione di un accordo *gravemente iniquo*, sembri letteralmente riferita al solo caso descritto nell'ultimo comma dell'art. 7 potrebbe alimentare il dubbio che, per le rimanenti ipotesi, serva la domanda di parte. Ma si tratterebbe, com'è facile intendere, di un dubbio mal riposto. Per effetto di quanto hanno sentenziato rispettivamente le S.U. – Cass. 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, pp. 874 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilita` officiosa della nullita` secondo il canone delle Sezioni Unite: 'eppur si muove'*,- e la Corte di giustizia –l'ultima, in ordine di tempo, è C. giust. 21 febbraio 2013, , causa C- 472/11, *Banif v. Csipai*– il rilievo d'ufficio è infatti una condizione che, provocato il contraddittorio tra le parti (artt. 183, c. 4 e 101, c. 2 c.p.c.), assiste *sempre* la nullità assoluta e, col medio del diritto di interpello, quindi *condizionatamente*, anche la nullità di protezione. Di conseguenza, non c'è un motivo plausibile per tematizzare il problema. Non meno sterile però, se non lo si inquadra in una cornice adeguata, sarebbe pure domandarsi se l'insieme delle nullità comminate dal D. lgs. 192/2012 siano iscrivibili nel *genus* codicistico delle invalidità assolute oppure in quello, tipico dei diritti secondi, delle nullità a legittimazione ristretta. In prima battuta, infatti, tutto ruota intorno alla circostanza che ciascuna delle nullità punteggianti la disciplina sui ritardi di pagamento è modellata sullo schema di una parzialità necessaria *testuale*. Di talché, il motivo tradizionalmente addotto contro il richiamo all'art. 1421, una legittimazione della parte artefice dell'abuso dimidia la tutela della controparte protetta in quanto potrebbe preludere ad un caducarsi *in toto* del contratto, si mostra superfluo. E, se così è, nel senso che, *in subiecta materia*, impera una *nullità unidirezionalmente orientata*, la quale rende improbabile un interesse del debitore a sollevarla, dovrebbe però anche propendersi per una legittimazione assoluta dischiudente l'interesse ad agire dei terzi, titolari di rapporti dipendenti o connessi con quello principale: salvo pensare che il ragionare in termini di nullità protettiva garantisca quella convalidabilità o sanabilità che, viceversa, sulla scorta di quanto dispone la lettera dell'art. 1423 c.c., la nullità assoluta rende assai più claudicante. Sulla questione v. comunque *infra* § 5.

rogabile ex art. 1418, c. 1 c.c., con annessa sostituzione di diritto –*in senso tecnico*- dei termini di legge. Un tipico esempio, il dato però è solitamente negletto, di integrazione c.d. repressiva: ovvero, per chi lo dovesse preferire, di un'*integrazione cogente conformativa*[13].

Se così è, rivive qui perciò, nel segno del loro più classico modello applicativo, la funzione tipica degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c.c., con una privata pattuizione posposta ad una determinazione eteronoma, a fini sociali[14], dei termini economici e/o normativi dello scambio. Quel che domina, a leggere in filigrana il sottoinsieme normativo che ha per soggetto la P.A., è una finalità politica di ammissione della *sola contrattazione* riproduttiva delle condizioni di legge. Dopo di che, è vero, si ha qui una nullità parziale necessaria allo scopo di preservare l'interesse del creditore al contratto: epperò non è solo questo il punto. Bisogna anche far risaltare che, allorquando debitore è la P.A., un'aguzza nullità *perentoria* prende il posto di una nullità *incerta* e *per l'effetto*, destinata così ad essere di stretta pertinenza dei contratti tra imprese private.

Non è, sebbene in ambedue i casi sia la legge che determina il riequilibrio delle posizioni contrattuali, un distinguo di piccolo spessore. Corre infatti una profonda differenza tra un'invalidità comminata ai sensi del 1 (o del 3) comma dell'art. 1418 ed un'invalidità che passa per il medio di un accertamento finalistico complesso -e per di più a largo compasso: v. art. 7, c. 2- avente ad oggetto la -eventuale- *grave iniquità*, in danno del creditore, dell'accordo derogatorio. La prima è una nullità di fattispecie, la seconda –come si usa dire-di buona fede o per abuso[15], «figlia della logica del sindacato *ex post* sull'operazione economica»[16].

Il fatto che, per parare da subito un'obiezione, quando sia prevista per *legge* o *pattiziamente* una procedura per accertare la conformità della merce o del servizio al contratto, il termine di trenta giorni, decorrente dalla consegna della prima o dalla prestazione del secondo, termine che si va a sommare a quello ordinario di pagamento, sia derogabile entro il limite della grave iniquità per il creditore di cui all'art. 7, non muta il tenore della questione. È esatto infatti che il comma 6 dell'art. 4, siccome ogni pagamento della P.A. implica il previo accertamento della regolarità dell'impegno di spesa, finisce per dare corpo ad un caso nel quale la posticipazione nel pagamento dell'ente pubblico troverà causa in una attività necessaria che assai più opportunamente si sarebbe viceversa dovuto contenere *nel termine massimo dei sessanta giorni* (art. 4, c. 4)[17]: ma si tratta di una –eventuale- nullità per abuso che *si aggiunge* o *si somma* al più fitto numero di nullità strutturali punteggianti la normativa dei rapporti di debito con la P.A.

Di qui due risultati: la sostituzione correttiva –ecco il primo- copre senza dubbio l'intero raggio della disciplina sui ritardi di pagamento. Ma il modo con cui si addiviene a questa vicenda di ortopedia contrattuale, dovendosi distinguere tra clausole abusive (art. 7, c. 1 e 3) e clausole *contra legem*, è *tecnicamente* molto diverso[18]. Chi lo dovesse sco-

[13] V., per questa formula, V. ROPPO, *Il contratto*[2], in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 457 e G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit. p. 3. Per un aggiornato e puntuale quadro d'insieme v. M. Maugeri, *sub* art. 1339, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta – Orestano, Torino, 2011, I, p. 511 ss. Un avallo si incontra nella motivazione di CdS, 2 febbraio 2010, n. 469, cit. quanto all'esservi delle «*norme imperative*» aventi un valore anche «sostitutivo di quanto previsto in sostituzione di esse» (c.vo aggiunto).

[14] Che i *considerando* della dir. 2011/7/UE – *nn.* 3, 5, 23, 28 e 29– ben sunteggiano: i ritardi di pagamento compromettono le operazioni transfrontaliere, riducono la liquidità attentando alla gestione finanziaria delle imprese, rendono necessaria la concessione di scoperti o l'accensione di mutui, due forme di credito assai rischiose «nei periodi di recessione economica, quando l'accesso al finanziamento diventa più difficile» (*considerando* 3, *in fine*). E la liquidità, per le imprese, è uno strumento necessario per evitare il *credit crunch* e rimanere competitive.

[15] Fondamentali, al riguardo, sono le pagine di V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, spec. 210 ss.

[16] Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. p. 646.

[17] È davvero eccentrica infatti una disposizione che, col subordinare l'abusività di una procedura di verifica che troppo si procrastina al solo limite dell'art. 7, finisce evidentemente per coniare un modo col quale eludere il termine, *in thesi* tassativo ed inderogabile, dei sessanta giorni di cui al su citato art. 4, c. 4. L'incongruenza, per altro, è già nella direttiva (v. art. 4, § 5). Dopo di che, è vero che questa forma di dilazione convenzionale, nel caso si tratti di un contratto tra privati, va rivestita di una *forma espressa* mentre, nei rapporti con la P.A. debitrice, dovrà essere contemplata anche nel bando di gara. Ma il vincolo manifestativo, in una cornice sistematica del tipo descritto, rischia di trasformarsi in poco più di un orpello.

[18] Se poi si volesse ammettere, come altrove è sembrato corretto suggerire (S.PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, p.), che l'art. 7 continua in realtà a contemplare un potere del giudice di ricondurre ad equità l'accordo in deroga, leggi di ridurre conservativamente la clausola abusiva alla soglia del *non abuso*, allora si potrebbe ave-

noscere, marginalizzando quel *considerando* 23 vertente *in toto* sulla necessità di introdurre «norme specifiche» per la P.A., finirebbe per incorrere in una scoperta torsione del dato normativo. Talora, nel silenzio prima della direttiva e poi della novella di recepimento, potrà aversi anche il caso di un *concorso* di norme dispositive all'uopo utilizzabili. Per esempio, ove il termine per la procedura di verifica ed accettazione, *superiore* a trenta giorni, sia giudicato gravemente iniquo e la clausola conseguentemente cada *perché nulla*, troverà applicazione il termine di pagamento ordinario di cui all'art. 4, c. 2, lett. A (cioè trenta giorni dal ricevimento della fattura) oppure si assisterà al riespandersi del *termine legale* di durata della procedura? In ambedue le ipotesi si farà questione di un art. 1419, c. 2: e tuttavia la seconda interpretazione, che parrebbe la più plausibile in quanto la prima sottende uno spiccato *effetto sanzionatorio* del ritardato pagamento per l'autore dell'abuso, giova assai più al debitore, se è vero che il *dies a quo* sarà allora di sessanta giorni dal momento di esecuzione della prestazione principale[19].

Il secondo risultato si può, invece, rendere così: non si tratta semplicemente di rilevare una *summa divisio* – tra rapporti *B2B* e *B2A*- che è *in re ipsa*. Va piuttosto evidenziato come lo *status* del debitore funga, nell'ordito della disciplina sunteggiata, da fattore che polarizza la trama normativa, illustrando nel contempo la *natura* delle disposizioni che reggono l'una o l'altra fattispecie. Nel caso della P.A. debitrice sembra rivivere, in una qualche misura, un *diritto speciale* dell'ente pubblico, che tuttavia non ha la consueta veste dello statuto normativo privilegiato o comunque di conclamato (e discutibile) favore. Qui infatti, per ragioni che sono essenzialmente dovute alla situazione contingente di pesante recessione economica, si vuol restringere la libertà contrattuale della P.A., in quanto foriera di pregiudizio al privato fornitore. In ambedue i casi, per altro, domina la logica, lo si vedrà nella chiusa di questo scritto, di una nullità assoluta vocata a «preservare l'ordine pubblico economico che sovrintende alle singole contrattazioni»[20]. Quindi non solo – *recte* non tanto, sebbene nel novero degli obbiettivi vi sia anche questo- una disciplina di contrasto a quelle forme di *inadempimento efficiente* che di massima si celano nella decisione del debitore, allorché il tasso di mora sia minore di quello dovuto per restituire un finanziamento, di non adempiere alla propria prestazione pecuniaria[21].

3. La forma espressa e la disciplina dispositiva dell'art. 4, c. 3 e 4: per un chiarimento.

Un'osservazione incidentale, utile però ad una declinazione più puntuale della cornice normativa di riferimento.

Come si è fatto poc'anzi notare, la forma che la disciplina novellata prescrive non è ai fini della validità del patto: la forma perciò, purché espressa nei tre casi ove la si richiede (art. 4, c. 3, 4 e 6), è *libera*. E forma espressa significa soltanto, nel segno di una disciplina codicistica che conta numerose ipotesi (artt. 1230, c. 2, 1268, c. 1, 1274, c. 3 e 1937 c.c.), selezione *ex lege* del tipo di manifestazione rilevante. Quindi, è vero, dal contegno commissivo od omissivo di una delle parti non sarà dato ricavare la valida deduzione univoca di un fatto psichico (nesso di continenza) o l'esclusione del fatto subiettivo contrario (nesso di incompatibilità)[22], ma non si è al cospetto di un *essentiale negotii*. Quanto poi alla forma *ad probationem*, che il d.lgs. 192/2012 non inusualmente introduce[23], è una forma della prova, nel senso di rilevante ai fini processuali, non dell'atto[24]. *Ergo*, l'accordo per un termine di paga-

re anche la nitida percezione che *due*, e non *uno* soltanto, sono i canovacci perimetrali entro i quali si snoda lo schema della *sostituzione correttiva*.

[19] Per la verità la direttiva e la novella tacciono anche su cosa accada nel caso il termine legale di trenta giorni per la verifica spiri *inutilmente*. Senza immaginare sofisticati equilibrismi interpretativi, si può però azzardare che, decorso il suddetto termine, gli interessi moratori maturino automaticamente.

[20] Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. p. 646.

[21] Su questa *ratio*, che mira a colpire e reprimere una condotta incentrata nel lucrare sulla differenza tra i due tassi, mostra invece di volere insistere F. TAGLIALAVORO, *La nuova direttiva europea in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1234.

[22] È da ritenere che la «'dichiarazione espressa'del legislatore non inglobi la comunicazione gestuale» : così R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. I. Il fatto, l'atto il negozio,* in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, p. 335. Ma v. poi, in special modo, U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. del contratto,* a cura di V. Roppo, *I – Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 473 s.

[23] V. *supra* nt. 10: non inusualmente vuol essere una modalità sintetica per dire che la forma *ad probationem*, in quanto dimidia i comuni mezzi di prova, si riverbera in realtà sulla «effettività giuridica del negozio»: così puntualmente R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, *sub* art. 1350, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 414.

[24] Altra è la questione se la prova per iscritto della pattuizione possa fornirsi per fax o per posta elettronica. Il che, allo stato, e coll'avvertenza che in difetto di un successivo scambio degli originali sottoscritti il documento

mento superiore a trenta giorni dev'essere *soltanto* provato per iscritto. Ad integrarla, per altro, dovrebbe bastare un ordine (o una conferma d'ordine) ovvero una fattura riportante la causale di pagamento posteriore a trenta giorni: da un lato infatti le Corti sono univoche nel ritenere che, quando la forma risulta prescritta *ad probationem*, la documentalità è requisito che serve per accertare l'esistenza dell'atto, non anche un contenuto che sarà giudizialmente accertabile pure in altri modi, dall'altro va ricordato che la Cassazione, a margine dell'art. 1967 c.c., reputa sufficiente, per la prova della transazione, una quietanza a saldo contenente la causale del versamento[25]. Dettaglio poi da non trascurare, l'esclusione – *ex* art. 2725, 2° co. c.c.– della prova testimoniale è sì rilevabile d'ufficio ma se la forma prescritta è *ad substantiam* mentre occorre l'eccezione di parte, nel termine di cui all'art. 157, 2° co., c.p.c, quando la forma sia prevista *ad probationem*[26].

Epperò, *hic Rhodus, hic salta*, se non v'è una forma comandata *ad substantiam*, neanche si potrà parlare tecnicamente di una *nullità* dell'accordo tacito, posticipante il pagamento ad oltre sessanta giorni, per contravvenzione a quel dato normativo –art. 4, c. 3 e 4– che lega l'adozione di un siffatto termine convenzionale al requisito di una dichiarazione testualmente imposta come esplicita.

Vero infatti che l'ordine dell'acquirente, contenente un termine di pagamento superiore a sessanta giorni, ove non sia seguito da una *conforme* dichiarazione espressa del fornitore, è *tamquam non esset* sulla premessa che la condizione di una forma espressa implica che il silenzio della controparte pecchi di un qualsiasi speciale significato: il che, va poi da sé, importa pure l'effetto che una volontà adesiva non possa desumersi *aliunde*, per la via di un'inferenza univoca da rapporti pregressi tra le parti, sia esauriti che pendenti. E tuttavia qui, più che di una nullità, sembra doversi fare questione di un diniego di effetti del patto ovvero, per chi lo dovesse preferire, di un imperfetto procedimento di stipula della fattispecie convenzionale derogatoria. A risultare carente invero, anche nell'ipotesi di una forma espressa convenzionalmente trasformata dalle parti ex art. 1352 c.c. in requisito di validità, è in realtà una modalità manifestativa della volontà che sia conforme al dato di legge, nitido nell'avere normativamente escluso che un *silenzio circostanziato* offra –*in primis* per il creditore- la medesima garanzia di serietà e ponderatezza di una dichiarazione espressa[27]. Gli è infatti che ogni pagamento tardivo si sostanzia in una concessione di credito commerciale al proprio debitore: di talché serve un *quid* che *identifichi* una volontà in tal senso del creditore. *Per incidens*, nel perimetro legale della dichiarazione espressa, ove l'intesa sia dubbia, neanche potrà soccorrere l'art. 1367 c.c., contravvenendosi così al «canone ermeneutico che», *in dubio*, «invita a conservare il vincolo contrattuale»[28]. Anche questo è un effetto dell'aversi qui un *patto non solenne o non formale* che rifugge però dallo schema del comportamento concludente[29].

Non si tratta di una semplice divagazione dogmatica: se la forma espressa non è un requisito essenziale del patto quanto e piuttosto una veste che *impedisce convenzionalmente* l'operare della disciplina di legge[30], se ne ricava che *tre* –in luogo delle

faxato o la mail potranno venire disconosciuti dalla parte contro la quale sono stati prodotti, parrebbe ammissibile senza troppi distinguo. Supportano una siffatta notazione il *dictum* di Cass. 20 marzo 2009, n. 6911, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Prova documentale*, n. 28 ed un dato normativo –v. artt. 20, c. 1 e 21, c. 1 c. amm. dig.– francamente univoco.

[25] V. Cass., 12 agosto 1992, n. 9525, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Contratto in genere*, n. 267 e App. Napoli, 19 giugno 1993, in *Giur. mer.*, 1994, p. 15 ss.

[26] Giusta la circostanza, nota la giurisprudenza, che l'inammissibilità della prova testimoniale non attiene, in tal caso, all'ordine pubblico ma alla tutela di interessi privati. Così già Cass. 13.11.1978, n. 5203, in *Rep. Foro it.*, 1978, *Contratto in genere*, n. 122.

[27] Il *considerando* 13 della direttiva 2011/7 –del quale gli artt. 3, § 5 e 4, § 5 sono poi la traduzione normativa- è stringente nell'evidenziare che il concordare espressamente è funzionale ad una dilazione con la quale si vuole consapevolmente «concedere credito commerciale ai propri clienti». È per altro vero che la forma espressa non richiede l'utilizzo di espressioni sacramentali: sicché, ad integrarla, potrà bastare la semplice sottoscrizione 'per accettazione', ove evidentemente sia documentale, di una dichiarazione emessa o proveniente dalla controparte.

[28] Così –acutamente- U. BRECCIA, *La forma*, cit. p. 474 e p. 482.

[29] È soltanto fuori dall'area delle «dichiarazioni espresse» che «tutto ciò che comunica una volontà tramite segni socialmente o individualmente approvati vale per significare una volontà»: così R. SACCO, , *La parte generale del diritto civile. I. Il fatto, l'atto il negozio,* cit. 335. Sul comportamento concludente è d'obbligo il richiamo agli scritti di G. GIAMPICCOLO, Note sul comportamento concludente, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, p. 778 ss. e di V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, *passim*.

[30] Talora viceversa è la forma *ad probationem* a venire prescritta con l'*effetto additivo*, ove manchi, di escludere l'operare di una certa disciplina: quindi nella prospettiva inconsueta di una forma rilevante a mo' di presupposto di *applicabilità* di una data normativa. Emblematico quanto si legge nell'art. 2, c. 1., lett. *b*) del d.lgs. n. 170/2004, giacché una garanzia finanziaria prestata oralmente, pur se valida, va soggetta alla sola disciplina ordinaria del

due ipotizzate- sono le modalità che assistono l'ottemperanza dei termini legali di pagamento nelle transazioni commerciali. Tre, in quanto è vero che, nello sfondo, rimane il caso in cui nel contratto non sia stato convenuto un termine di pagamento: di talché troverà qui applicazione il termine legale di trenta giorni (art. 4, c. 2). Ma ciò rientra nell'ordine naturale delle cose, se è vero che è proprio dell'art. 1339 operare nel *silenzio* delle parti (*anche in sostituzione* delle clausole difformi, recita la norma).

4. Patto di stabilità e ritardi di pagamento.

Venendo al secondo problema, si tratta di riservare un significato più puntuale a quell'art. 3, sulla responsabilità del debitore, che aziona il diritto del creditore alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto. E siccome si fa qui questione di obbligazioni pecuniarie, va da sé che soltanto il prodursi di eventi straordinari potrà occasionare quell'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore rilevante agli effetti di cui all'art. 1218 c.c.

Epperò, se non si vuole derubricare questa disposizione ad una norma che potrebbe rivelarsi inutile[31], in quanto ad escludere che un'impossibilità subiettiva incolpevole possa valere da esimente della responsabilità per il ritardo nel pagamento già provvede l'art. 1218 c.c., occorre domandarsi se un qualche distinguo debba ancora farsi per il caso del debitore P.A. È noto infatti che la principale causa di ritardato pagamento è da rintracciare nel vincolo del Patto di stabilità: sicché un primo –possibile- quesito potrebbe essere se la P.A. possa addurre il vincolo del suddetto Patto come circostanza idonea a precludere proprio l'insorgere di una responsabilità per inadempimento. Il che, evidentemente, non farebbe poi maturare il diritto agli interessi moratori. Il recentissimo decreto 35/2013, convertito nella legge n. 64/2013, sul recupero dei crediti nei confronti delle amministrazioni vantati da imprese, cooperative e professionisti, esula dalla questione perché si tratta di pagamenti, con testuale priorità ai crediti non oggetto di cessione *pro soluto* al sistema creditizio (art. 6), esclusi dai vincoli del Patto di stabilità.

Di primo acchito, sembra da escludere che il motivo del Patto di stabilità possa atteggiarsi a causa di esonero e sia così in grado di mettere fuori gioco la disciplina sui ritardi di pagamento. E la ragione, specialmente allorché si tratta di pagamenti iscrivibili tra le voci di spesa rilevanti ai fini del saldo finanziario del Patto, è semplice: per legge, l'ottemperanza ai vincoli del Patto dev'essere appurata dalla P.A. debitrice all'atto dell'assunzione dell'impegno di spesa (art. 9 d.l. n. 78/2009). E se v'è un obbligo per la P.A. di adottare le misure necessarie a garantire il tempestivo pagamento delle somme dovute per forniture, appalti o somministrazioni, sarebbe davvero paradossale che potesse eccepirsi un inadempimento come esimente di un altro mancato adempimento. Se i vincoli del Patto rilevano in sede di approvazione del bando di gara, non si può surrettiziamente trasformarli in vicende condizionanti il momento «di emissione dei mandati di pagamento»[32]. Per di più, allo scopo di migliorare la tempistica nella gestione delle risorse, con specifico riferimento alle amministrazioni statali, il D. L. n. 95/2012 –convertito in l. n. 135/2012- ha introdotto il c.d. crono-programma dei pagamenti, cioè l'obbligo per il dirigente responsabile della gestione di predisporre un piano finanziario dei pagamenti, rispetto a ciascun obbligo assunto, sui capitoli di bilancio di propria pertinenza. Il che rende ancor più improbabile una qualificazione del Patto come esimente.

Una prima variabile la si può però rinvenire nella circostanza che da scriminante varrà il momento nel quale la P.A. ha assunto l'obbligazione. Ai sensi infatti dell'art. 31, c. 30 della legge di Stabilità 2012 –e l'art. 32, c. 26 funge da analoga previsione per le Regioni- sono *nulli* i contratti di servizio delle Amministrazioni pubbliche che risultino elusivi del Patto di stabilità: e, com'è autoevidente, questa comminatoria di nullità costituisce un fatto impeditivo paralizzante l'operare della disciplina sui ritardi di pagamento. A trovare applicazione, ove il patto sia nullo, sarà infatti il disposto dell'art. 2033 c.c.: e l'obbligazione restitutoria, anche ad immaginare che il debitore sia in malafede dal momento della *solutio*, sarà comunque comprensiva di una quota di interessi calcolati, senza la maggiorazione degli otto punti, secondo il tasso di legge ordinario. Esemplificativamente sono da considerare come elusive tutte le attività che si mostrino potenzialmente idonee ad importare risultati analoghi ad una non corretta imputazione dei capitoli di spesa, tipo un pagamen-

pegno (se, ovviamente, ricorrono i presupposti di cui all'art. 2786 c.c.).

[31] Lo faceva già notare A. ZACCARIA, *Il coordinamento fra la recente disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la precedente disciplina in materia*, in *Studium juris*, 2004, p. 308.

[32] Così V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 56. Di tutt'altro avviso, ma non persuasivamente, GISONDI, *L'attuazione da parte della p.a. della nuova disciplina comunitaria sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Urb. app.*, 2003, p. 767.

to con copertura fatta figurare come rimandata ad esercizi futuri ovvero una traslazione del pagamento mediante la concessione di crediti a società partecipate oppure direttamente tramite l'accollo del debito da parte di un ente strumentale non soggetto al regime vincolistico[33]. Si intravede, da questo angolo visuale, come i vincoli del Patto di stabilità mettano in realtà fuori gioco un'intero spicchio di norme del diritto comune patrimoniale: dalla *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) agli artt. 1273 ss., includendovi però anche certe forme negoziali atipiche di finanziamento, sperimentate nella pratica con una certa frequenza. Si pensi al *leasing* immobiliare pubblico nel caso sia convenuta non la *facoltà* ma l'*obbligo* per l'ente pubblico di riscattare il bene.

La seconda variabile concerne il refluire del Patto di stabilità tra i fattori –art. 4, c. 4- che rendono ragione di una derogabilità dei termini di pagamento, nel limite ovviamente dei 60 giorni. Anche se trattasi di un refluire carico di perplessità.

In prima battuta lo si potrebbe iscrivere naturalmente, come più di un autore suggerisce[34], tra le 'circostanze esistenti al momento della conclusione' del contratto: contesto circostanziale al quale il D. lgs. 192/2012 mostra di riconoscere il medesimo valore di giusta causa della dilazione riservato alla natura ed all'oggetto del contratto. Se non fosse che di un motivo siffatto, allo scopo di meglio tutelare la condizione di minorità contrattuale ed economica di chi sia creditore della P.A[35]., non v'è traccia nel corpo della direttiva 2011/7/UE, circoscrivente il termine convenzionale della P.A. debitrice al *solo* caso in cui risulti «oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche» (art. 4, § 6). Sicché, sulla premessa che l'illegittimo discostarsi dalla normativa europea, in vista di un trattamento fin troppo premiale nei riguardi della P.A., impone una riscrittura *in parte qua* del testo attualmente vigente, non si vede con quali argomenti si potrebbe supportare l'idea del vincolo del Patto di stabilità come un motivo oggettivo di deroga al termine ordinario di 30 giorni.

5. La rinunciabilità successiva degli interessi moratori: traccia per una discussione.

Il terzo quesito si può così condensare: nel silenzio dell'art. 4, c. 1, è ammissibile una rinunciabilità successiva degli interessi moratori?

Più di un dato, in prima battuta, parrebbe infatti deporre in questo senso: intanto, se può aversi una remissione del debito, non si vede per quale motivo dovrebbe risultare preclusa, purché la si effettui nei modi di cui all'art. 1236, la rinuncia agli interessi. È vero che il disposto dell'art. 7, c. 3 qualifica *iuris et de iure* come gravemente iniqua la clausola escludente l'applicazione degli interessi moratori: ma la norma, in realtà, si riferisce al caso di una *rinuncia preventiva*. Di conseguenza non si può incontrovertibilmente sostenere che l'art. 7, c. 3 formalizza una deroga od un'eccezione alla regola generale di rinunciabilità a tutela di un creditore che vedrebbe altrimenti dimidiata o comunque appannata la propria protezione. Per di più, nell'area degli appalti dei lavori pubblici, la Cassazione ha più volte sentenziato l'invalidità dei *soli* patti, aventi ad oggetto l'inesigibilità degli interessi, che siano *precedenti* al loro sorgere[36], non ravvisando viceversa l'esistenza di una *ratio* protettiva specifica che fondi l'estensione del divieto agli atti dispositivi compiuti *dopo* che gli interessi sono maturati. Insomma, non è dall'art. 7, c. 3 –per chi sia di questo avviso- che può venire un argomento a supporto della tesi di un'irrinunciabilità assoluta.

Non cambia granché, però, se si sposta il discorso sul combinato disposto degli artt. 2 (c. 1 lett. E) e 4 (c. 1). È vero infatti che questi interessi decorrono senza che sia necessaria la costituzione in mora: ma rimane il fatto che, sebbene previsti con un saggio particolarmente elevato, trattasi pur sempre di interessi appartenenti al *genus* di quelli moratori, in quanto costituenti una *predeterminazione del danno* per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento. E quand'è così, se cioè la connotazione sanzionatoria non ne intacca la natura risarcitoria, proprio perché esplicitano la funzionalità che è propria

[33] V., tra le altre, Corte dei conti, Sez. Emilia Romagna, 19 gennaio 2012, n. 5.

[34] Cfr., in special modo, V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 76.

[35] Sulla prassi del bando di gara includente l'accettazione di clausole, formalizzanti termini di pagamento maggiori di quelli legali, quale requisito di partecipazione alla gara medesima ovvero contemplante, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il proporre condizioni di pagamento *in melius* per la P.A.,v. V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 126 ss. Su questa prassi , maldestramente incentrata sulla qualificazione del bando di gara come *lex specialis*, donde poi l'esclusione in caso di mancata accettazione o di espresso dissenso del concorrente, già si era espressa in modo esaustivamente *tranchant*,dopo qualche incertezza giurisprudenziale di troppo, CdS, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469, cit.

[36] V. Cass. 29 febbraio 2008, n. 5433, in *Rep. Foro it*., 2008, voce *Contratti pubblici*, n. 1326; ; Cass. 30 marzo 2007, n. 22842, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, p. 762 ss; Cass. 21 luglio 2006, n. 16814, ivi, 2007, 1, I, p. 140 ss.. e Cass. 10 maggio 2005, n. 9747, in *Foro amm*., 2005, p. 1674.

di tutti gli interessi moratori, farà difetto un altro rilievo impeditivo all'ammissione di una rinunziabilità posteriore.

Come terzo argomento potrebbe infine addursi la circostanza che in nessuna previsione del decreto o della direttiva si trova formalizzata un'irrinunciabilità -dei diritti attribuiti dalla legge al creditore- ovvero comminata una nullità per ogni pattuizione in contrasto. Non c'è, insomma, una disposizione del tenore corrispondente all'art. 143, c. 1 c. cons.. E comunque ov'anche vi fosse, non sarebbe un fattore così ostativo perché, qui la notazione viene facile, la dottrina prevalente è dell'idea che una rinunzia successiva non decampa dal perimetro di una nullità di protezione[37]. Con il che, però, si introduce la variabile destinata davvero a vivacizzare la questione.

Se infatti la nullità del d. lgs. 192/2012 fosse di tipo assoluto, l'ammissione di una rinunciabilità successiva potrebbe urtare con quell'ordine pubblico di direzione nel quale la disciplina impinge, inscenando un possibile danno di riflesso per quei terzi, aventi causa dal creditore, che all'occasione potrebbero avere tutto l'interesse a far constatare l'invalidità di una rinunzia disponente dei diritti non negoziabili. Il fatto che, in un contesto del genere, l'art. 35, c. 3-*bis*, l. 27/2012 autorizzi le amministrazioni pubbliche, al fine di procedere al pagamento dei propri debiti, ad avvalersi di specifici accordi transattivi, *condizionati* alla rinunzia ad interessi e rivalutazione monetaria, non avrebbe in realtà una qualche significativa ripercussione: è proprio infatti della *lex specialis* derogare a quella *generalis.*

Quindi un'irrinunciabilità *pura* degli interessi perché trattasi di diritti indisponibili? Non proprio.

Si può infatti replicare:

a) più di un dato normativo –art. 79 l. 392/1978 ed art. 4 l. 741/1991- è stabilmente inteso dalla giurisprudenza della Cassazione nel senso che, *in sede di transazione*, non è impedita alla libera determinazione delle parti il valido disporre di diritti che siano già sorti[38]. Eppure, in ambedue le fattispecie citate, si fa questione di una incontroversa nullità assoluta;
b) è vero che l'art. 1966, c. 2 c.c., sancisce la nullità della transazione ove questa involga diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, indisponibili. E tuttavia, se per i primi il rimando è alla classe delle situazioni soggettive a contenuto non patrimoniale, i secondi sono sì da identificare con dei diritti patrimoniali epperò contraddistinti da una spiccata inerenza alla persona ((es. artt. 2113 e 447 c.c.). Da cui quell'indisponibilità poi declinata nelle forme di *un'irrinunziabilità e dell'intransigibilità.* Orbene, il diritto agli interessi moratori non sembra apparentarsi neanche un po' all'una o all'altra tipologia di situazioni citate;
c) quanto poi alla circostanza che la disciplina sul pagamento tardivo sia funzionale alla tutela di un interesse sovraindividuale, *generale e non seriale*, risulta agevole notare che, specie quando il rapporto obbligatorio appartiene al genere *B2A*, l'accordo transattivo «non vanifica e non altera» ma anzi è ancillare e soddisfa «l'interesse al contenimento della spesa pubblica»[39]. Sicché finisce per avere più di un senso che i diritti dei terzi aventi causa dal creditore, per i quali l'accordo transattivo può rivelarsi fonte di un pregiudizio, sia messo in non cale rispetto alla potiorietà degli scopi che l'ente pubblico è deputato istituzionalmente a perseguire.

Risultato, anche a catalogare la disciplina riformata nel novero delle nullità assolute, vi sarebbe modo di coniugarla a vicende transattive e/o dispositive, succedanee si diceva al sorgere della pretesa, perché il diritto agli interessi da ritardato pagamento non si mostra «un diritto indisponibile in senso tecnico»[40]. Donde la (tendenziale) validità di un accordo che prevedesse il pagamento del capitale con coeva rinuncia del creditore agli interessi maturati

[37] Sulla questione, di recente, con ampia disamina, S. POLIDORI, *sub* art. 143, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 803 ss.

[38] V. quanto statuiscono Cass. 24 novembre 2007, n. 24458, in *Imm. e propr*., 2008, p. 182; Cass. 28 agosto 2007, n. 18157, in *Mass. Foro it*., 2007 e Cass. 14 gennaio 2005, n. 675, in *Arch. loc*., 2005, c. 569, tutte sulla rinunziabilità, al momento di cessazione del rapporto, all'indennità di avviamento; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20906 (in *Guida al dir*., fasc. 48, p. 64, sulla nullità delle sole pattuizioni che limitano *ex ante* i diritti del conduttore); Cass. 29 gennaio 1996, n. 683 (in *Giur. it*., 1997, I, 1, c. 1440 ss., rinunzia, contenuta nella convenzione stipulata in sede di conciliazione, a domandare la restituzione di somme pagate in eccedenza a titolo di canone). In dottrina, per una diffusa analisi della questione, si vedano A. GENTILI, *L'invalidità del contratto di locazione*, in *Le locazioni urbane*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 1999, p. 78 ss. e G. GABRIELLI- F.PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2ª ed., Padova, 2005, p. 376 ss.

[39] V. Cass. 29 febbraio 2008, n. 5433, cit. (in motivazione).

[40] V. Cass. 29 febbraio 2008, n. 5433, cit. e, in dottrina, V. CUFFARO, *Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento*, in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2004, p. 229 nonché V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 147.

medio tempore. Per inciso, una rinuncia responsabile e consapevole può nascere da un giudizio di convenienza economica del creditore specie se il suo intendimento, per es., è quello di instaurare un rapporto durevole coll'obbligato ovvero di attirare nuovi clienti. Il sedicesimo considerando della direttiva 2011/7, col discorrere di un creditore non obbligato ad esigere gli interessi, avalla questa prospettiva e d'altro canto, come fa notare la Cassazione[41], è nella piena facoltà del creditore disporre della propria pretesa, *in toto* o *pro parte*.

6. Il regime di una nullità assoluta: per un ordine pubblico economico al servizio della competitività.

Sic stantibus rebus, diventa allora ineludibile domandarsi se le nullità che affollano la disciplina in oggetto siano assolute o di protezione. Questione che non ha soltanto di sicuro interesse teorico se è vero che, per ovviare all'*incompletezza* caratterizzante ognuna delle nullità in esame, può alternativamente farsi rinvio al disposto dell'art. 1421 ovvero, in quanto norma generale governante la classe delle nullità protettive, all'art. 36, c. 1 e 3, c. cons. Il che lascia subito intendere come, a seconda del *genus* qualificativo prescelto, di fronte all'interprete si parino due regimi normativi, tranne che per la rilevabilità officiosa, foggiabili in modo alquanto diverso.

Istintivamente si potrebbe far notare che, quando la P.A. è debitrice, la nullità, come si è visto, si lega alla circostanza che la clausola pattuita è direttamente *contra legem*: e già il fatto che l'invalidità prescinde dal medio di un abuso contrattuale, dovrebbe orientare l'interprete per una qualificazione che rimanda al combinato disposto degli artt. 1418 – 1421 c.c. La circostanza che l'art. 6, c. 5 del d.l. 35/2013, secondo una logica di reimpulso all'economia nazionale che è in diretta attuazione dell'art. 41 Cost., preveda l'*impignorabilità* e l'*insequestrabilità* delle somme destinate al pagamento dei debiti commerciali della P.A., dando così luogo ad vero e proprio *vincolo di destinazione* per queste risorse, depone evidentemente nello stesso senso.

Se non fosse che il discorso, onde evitare qualsiasi equivoco, merita un approfondimento argomentativo più denso.

Pregiudiziale infatti, siccome non se ne può fare una questione nominalistica, è chiarire che pure una nullità assoluta può venire comminata non per un vizio della fattispecie o del suo contenuto ma *per l'effetto* che l'atto produce. Nullità assolute, riconnesse ad uno scrutinio del contesto circostanziale che fa da corona al contratto ed all'accertamento dell'efficienza di questo «a produrre determinati effetti sulla base di un puntuale rapporto di causalità»[42], si incontrano nel codice civile –gli artt. 2965 e 2698 c.c.- e *maxime* in quella normativa *antitrust* che –notoriamente- annovera una nullità irrogata per gli effetti anticoncorrenziali prodotti sul mercato da una certa intesa. Ora, è esatto che l'art. 2, c. 2 l. 287/1990 –vero e proprio caso eponimo- si iscrive nella cornice di un ordine pubblico economico di direzione, ma non è men vero che la tutela di un interesse generale *non* esclude che si abbia una coeva protezione dei soggetti «esposti alla sopraffazione di chi restringe la concorrenza»[43].

Se così è, se cioè una *nullità assoluta per l'effetto* può rivelarsi obliquamente o per via riflessa di protezione, sembra plausibile un'iscrizione della disciplina sul ritardato pagamento nell'area delle normative che comminano una nullità assoluta[44]. L'obbiettivo che, per il tramite di una sostituzione correttiva, il legislatore si ripromette di assicurare è infatti plurimo: sullo sfondo un interesse pubblico che imporrebbe la destinazione dei fondi ai bisogni della collettività territoriale di riferimento, in apice il buon andamento del mercato e la protezione dei professionisti, creditori pregiudicati da modalità di pagamento sproporzionatamente a vantaggio del debitore, al fine di frenare una prassi sia vulnerante la competitività delle PMI che distorsiva della concorrenza. In un contesto siffatto, una legittimazione allargata –facile da intuire- è meglio funzionale all'attuazione di uno scopo protettivo che la forma

[41] V. Cass. 29 agosto 2001, n. 11329, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1325 ss.e, in special modo, la recentissima Cass. 8 febbraio 2013, n. 3064, nuovamente sull'invalidità della sola rinunzia preventiva.

[42] Così M. C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, p. 93.

[43] La notazione si legge in A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Europa dir. priv.*, p. 79 (ma v. anche p. 87, 89 e 91). Ma v., in modo ancor più stringente, V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 s.

[44] Di «ovvie esigenze di ordine pubblico economico» discorre S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit. p. 638. Per una nullità a legittimazione relativa, *ante* novella, si erano invece con decisione pronunziati A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 133 s. e A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, I, p. 153 ss.

di una legittimazione ristretta al singolo creditore, per la variabile che costui sia indotto a soprassedere all'abuso o ad una irregolarità in vista di una seppure incerta utilità futura, non è affatto da escludere potrebbe intorbidire[45]. Legittimazione allargata significa infatti una titolarità dell'azione per quei terzi –l'impresa subappaltatrice o che abbia fornito le materie prime ovvero il capitale necessario- che, in quanto a loro volta creditori di un pagamento, vantano un sicuro *interesse qualificato* ad una declaratoria di nullità scacciante un patto che non soltanto rende inadempiente il debitore abusato (o prevaricato) ma che altresì intacca -depauperandolo- quel patrimonio costituente la garanzia primaria del loro credito. Origina da qui, volendo riprendere il cenno fatto in precedenza, quella velatura di perplessità sull'accordo transattivo, stipulato per estinguere il rapporto obbligatorio pendente, quale causa di un possibile pregiudizio per i terzi, a motivo di un ridotto ammontare del credito *in concreto* corrisposto.

Più problematico, è vero, se ci si dovesse orientare per una nullità assoluta, sarà immaginare una sanabilità stante la (seppur controversa) regola generale di inconvalidabilità del contratto o del patto nullo perentoriamente scritta nell'art. 1423 c.c.[46]. Un articolo, com'è notorio, che fa salvo il caso in cui la legge disponga diversamente. E tuttavia nessuna norma del d. lgs. 192/2012 risulta o si mostra orientata in tal senso, forse per quella traccia di interazione –tra l'interesse dell'abusato con l'interesse generale- che sembra normativamente disegnata nel senso di sottrarre alla disponibilità privata il viluppo dei vizi incidenti sulla regolarità delle operazioni di pagamento. L'art. 4, § 3 della direttiva 2011/7, con lo statuire che il contrasto al continuo ricorso a clausole e prassi abusive implica l'adozione di «mezzi efficaci ed idonei», selezionati «nell'interesse dei *creditori* e dei *concorrenti*», pare fornire un serio indizio di ciò.

7. Il farraginoso coordinamento tra le discipline ed una singolare nota esplicativa del MEF.

Quarto quesito: ossia del coordinamento tra la normativa in oggetto e le discipline speciali dettate per alcune classi di rapporti. È vero infatti che, per tutto quanto non sia espressamente derogato, trova applicazione il d. lgs. 192/2012 in quanto disciplina generale. Ma i problemi, sebbene la regola sul primato della normativa più favorevole al creditore non sia stata modificata (art. 11, c. 2), fioccano: e, notoriamente, l'incertezza sul dato legislativo applicabile, in un contesto che sembra discutibilmente privilegiare il disallineamento dei termini di pagamento praticando eccezioni per settori ovvero per categorie di prodotti, frena la crescita alimentando il contenzioso giurisprudenziale.

A venire in rilievo, secondo i primi commentatori[47], dovrebbero essere preliminarmente tre discipline: l'art. 3, c. 2 l. n. 192/1998 che, in difetto di accordi nazionali per settori e comparti specifici sottoscritti dai rappresentanti dei subfornitori e dei committenti, prevede un termine convenzionale di pagamento che non può eccedere i 60 giorni (dal momento della consegna del bene o dalla comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione); l'art. 62, c. 3 l. n. 27/2012 contemplante, nei contratti tra imprese aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari, un termine di pagamento di 30 giorni (per i prodotti deteriorabili) o di 60 (per tutti gli altri), con decorrenza dall'ultimo giorno del mese di ricezione della fattura; l'art. 83-*bis* della l. n. 133/2008, quanto ai contratti di trasporto merci su strada per conto terzi, che ammette un termine massimo di pagamento di 60 giorni, decorrenti dalla data di emissione della fattura. Questa, a sua volta, va poi emessa al massimo entro la fine del mese di prestazione del servizio.

E tuttavia, a seguito di una nota dell'ufficio legislativo del MEF sollecitata con riguardo all'applicazione dell'art. 62, c. 3 l. n. 27/2012[48], l'interprete potrebbe essere indotto a credere che la cornice normativa di riferimento presenti dei tratti alquanto diversi.

[45] Non persuade, perciò, la notazione di chi –come M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. p. 110- volesse continuare a sostenere «la scarsa plausibilità di una legittimazione ad agire intestata a soggetti diversi dal creditore». Men che meno però convince chi, allo stato, ragiona di una nullità assoluta sulla scorta del rilievo secondo cui, se la legge avesse voluto una nullità protettiva lo avrebbe espressamente statuito (v. V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 155). Argomentare così significa infatti liquidare superficialmente una questione sulla quale la dottrina e la giurisprudenza più avvertite si esercitano senza posa da non meno di un decennio.

[46] Sull'argomento sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2008.

[47] V., in special modo, V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. p. 84 ss.

[48] La nota –del 26 marzo 2013- nasce da un quesito posto dal Direttore generale di Confindustria, fortemente critico sull'intelaiatura complessiva della l. 27/2012 quanto al rispetto dei termini di pagamento nelle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari.

Il d. lgs. 192/2012, viene fatto ivi notare, disciplina l'intera materia dei pagamenti nelle transazioni commerciali tra imprese, senza recare «eccezioni» o fare salve «eventuali norme speciali precedenti». Per conseguenza, in applicazione dell'art. 15 disp. prel. c.c., il suddetto provvedimento dovrebbe reputarsi come sovrapposto «alle precedenti eccezioni, determinando la tacita abrogazione della precedente disciplina speciale», da intendere così «integralmente sostituita dalla nuova normativa generale». Il che, se così fosse, spazzerebbe via molti dubbi interpretativi, semplificando al massimo una materia, come si è potuto vedere, fin troppo volatile. Sennonché c'è da dubitare alquanto che le cose stiano davvero così.

Nulla quaestio sulla circostanza che il d. lgs. 192/2012, in quanto normativa di derivazione da una disciplina europea armonizzata, *prevalga* sulle disposizioni nazionali pregresse incompatibili. Queste infatti, anche a volerle ritenere ancora in vigore, per il principio di prevalenza gerarchica della normativa comunitaria, dovrebbero venire disapplicate «per contrasto con il sopravvenuto diritto europeo». Da qui però a sostenere che l'art. 62, c. 3 della l. 27/2012 «sia stato abrogato tacitamente ed oggi non [sia] più in vigore», il passo è tutt'altro che breve. Dal discorso non si può infatti preterire la circostanza che l'art. 12, § 3 della direttiva 2011/7 statuisce nitidamente la facoltà degli Stati membri di « *mantenere in vigore o adottare disposizioni più favorevoli al creditore* di quelle necessarie per conformarsi alla presente direttiva». Il che certifica inequivocabilmente come, almeno con riguardo a questo aspetto, la direttiva non sia di *armonizzazione massima*: e visto che l'art. 11 del d. lgs. 231/2002, ove sono fatte espressamente salve le disposizioni codicistiche e quelle delle leggi speciali contenenti una disciplina più favorevole per il creditore, non è stato novellato, ne discende che è il canone del *favor creditoris* a fungere da bussola orientativa, per l'interprete, *in subiecta materia*[49]. Sostenere questo, significa riconoscere che il canone del *favor creditoris vince* sul criterio della successione delle leggi nel tempo, estromettendo anche quel principio –che *quoad effectum* produrrebbe un risultato analogo- di specialità secondo cui *lex specialis derogat legi generali*. *Ergo*, la disapplicazione investe le sole disposizioni codicistiche e delle leggi speciali *meno favorevoli* al creditore e spesso potrà aversi una fattispecie disciplinata in modo combinato da *due* discipline.

Per inciso, a ragionare nel modo che propone la nota del MEF, dovrebbe poi, per un'elementare esigenza di consequenzialità logica, concludersi che l'abrogazione tacita ha investito anche quelle disposizioni codicistiche –artt. 1498, c. 2 e 1665, c. 5, rispettivamente per la compravendita e l'appalto privato[50]-disciplinanti in via dispositiva i termini di pagamento: quando invece queste sono da ritenere tuttora invocabili dal creditore ed azionabili dal giudice. Non dovrebbe andare diversamente, se è il *favor creditoris* a reggere la materia, per l'art. 62, c. 3 l. 27/2012, quanto al saggio d'interesse legale, maggiorato di due punti rispetto a quello previsto dall'art. 5 del d. lgs. 192/2012. Mentre, secondo lo schema di un'applicazione combinata, in quanto normativa più favorevole, è da credere che troverà un'applicazione generale l'art. 6 del d. lgs. 192/2012, quanto al risarcimento dei costi di recupero del credito.

Orbene, se questa è la cornice normativa di riferimento, per quanto sia proprio delle norme speciali incorporare delle deroghe in virtù del principio che meritano di venire trattate in modo eguale soltanto situazioni eguali, sembra plausibile doversi distinguere tra le seguenti fattispecie:

a) nei rapporti di subfornitura, sulla premessa del *favor creditoris* che per l'appunto si legge nell'art. 11, c. 2, ove le parti nulla abbiano disposto, troverà applicazione l'art. 4, c. 2 della

[49] A tentare di mettere un po' di ordine, formulando un'indicazione interpretativa di segno esattamente opposto, ha provveduto una nota **dell'**Ufficio Legislativo Mipaaf (2 aprile 2013), secondo la quale «la fattispecie di cui all'art. 62 D.L. n. 1/2012, …. rientra in maniera compiuta nella deroga prevista e consentita dal legislatore sia nazionale che comunitario in ordine alla possibile presenza di strumenti maggiormente favorevoli a date particolari categorie di creditori a mezzo della predisposizione di meccanismi normativi caratterizzati da forme anch'esse particolari di tutela, che è quanto appunto legittimamente approntato dal legislatore nazionale con lo strumento di cui all'art. 62 del D.L. n. 1/2012». Quindi una nota che motiva sulla base di quanto, nel testo, si è cercato di evidenziare.

Va detto, per la verità, che la nota del Mipaaf molto insiste anche su due altri argomenti: la specialità della l. 27/2012 e la sua qualificazione come normativa primaria di applicazione necessaria. E tuttavia entrambi i rilievi, in difetto dell'art. 12, § 3 dir. 2011/7, non riuscirebbero a vincere sull'argomento di una sopravvenuta abrogazione tacita. Per come il legislatore ha mostrato di volerla confezionare, la disciplina sui ritardi di pagamento è una normativa che si applica a *tutte* le transazioni commerciali tra professionisti: ed il *brocardo lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* non può che essere recessivo al cospetto di una direttiva di armonizzazione massima. Il fatto scriminante è che la direttiva 2011/7, quanto a questo aspetto, non la si può definire tale.

[50] Per una disamina di queste due disposizioni, iterativa di quanto prima si diceva prima della novella, si consulti V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit. pp. 85 – 87.

disciplina novellata visto che il termine di pagamento ordinario è di 30 giorni. Viceversa, nel caso le parti abbiano indicato un termine diverso, potranno richiamarsi tanto l'art. 3, c. 2 della l. 192/1998 che l'art. 7, c. 1 del d. lgs. 192/2012: il primo, per il caso di un termine convenzionale eccedente i sessanta giorni, donde una nullità automatica per violazione di una norma inderogabile; il secondo, quando l'accordo derogatorio tra committente e subfornitore sia contenuto entro il termine massimo di 60 giorni ma risulti nella specie gravemente iniquo, che sottende una nullità incerta secondo le modalità valutative dell'art. 7, c. 2. Il che implica un combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c. 2 c. c. che si trova perciò ad interpolare *correttivamente* due fattispecie nello stesso modo.

Va segnalata, per inciso, la circostanza che non sorgono particolari questioni quanto al saggio di interesse –aggiornato dal d. lgs. 192/2012- se non rispetto alla perdurante applicazione, in quanto normativa più favorevole al creditore, dell'art. 3, c. 3, ultimo capoverso, per il caso in cui il ritardo nel pagamento ecceda di trenta giorni il termine convenuto nel contratto di subfornitura, circa allora l'obbligo per il committente di corrispondere una ulteriore penale del 5% **(**dell'importo per cui non abbia rispettato i termini).

b) nei contratti relativi alla cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari, il discorso è un po' più complesso e richiede una maggiore analiticità, dovendosi immaginare un trittico per cui:

b[1], nel silenzio delle parti, si avrà un art. 4, c. 2 operante *in parte qua* (cioè per i prodotti non deteriorabili), in quanto norma più vantaggiosa per il pagamento del corrispettivo dovuto ai cessionari di siffatte merci; a seguire

b[2], un'inderogabilità dell'art. 62, c. 3, che importa la nullità strutturale del patto provvisto di un termine convenzionale sopravanzante quello legale di 30 giorni per i cessionari di merci deteriorabili, l'altro di 60 viceversa per tutti gli altri cessionari. È vero che la direttiva 2011/7 legittima la sola eccezione di condizioni migliori e non peggiorative. Sicché, come si è fatto adombrare[51], il termine legale di 60 giorni, *in quanto deteriore*, in apparenza penalizza i creditori del pagamento di merci non deperibili: ma ciò non esclude, *e di qui la compatibilità con l'eccezione della direttiva*, che si intenda quello dei sessanta giorni come un *termine legale massimo di pagamento.* Diversamente, ad immaginare come si vorrebbe un'incompatibilità o l'illegittimità *tout court* dell'art. 62, c. 3 rispetto alla normativa europea[52], si otterrebbe il doppio singolare risultato di *peggiorare* la condizione dei cessionari di prodotti deteriorabili (non più assistiti da una previsione inderogabile visto che l'art. 4, c. 2 è norma dispositiva) e di *penalizzare* anche i cessionari di merci non deteriorabili (giacché, saltando un termine legale massimo di pagamento, troverebbe applicazione quell'art. 4, c. 3, 2 cpv. contemplante *termini convenzionali superiori a 60* giorni). In ambedue i casi, un'applicazione *in toto* del d. lgs. 192/2012 avrebbe così degli effetti *in peius* per i creditori; per finire

b[3], una nullità per l'effetto, ai sensi dell'art. 7, c. 1, che torna allorquando l'accordo, quanto alla cessione di prodotti non deteriorabili, non ecceda i 60 giorni e ciò nondimeno risulti abusivo per il creditore;

c) nei contratti di trasporto merci su strada per conto terzi, si ripete invece lo schema della subfornitura anche in ragione del richiamo espresso che l'art. 83-*bis*, c. 12 e 13 fa al d. lgs. 231/2002. Un'applicazione separata troverà ovviamente, vista la sua maggiore vantaggiosità per il creditore, il c. 14, con riguardo alla sanzione pecuniaria, comminata al committente, per un importo pari al 10% della fattura e, comunque, non inferiore a 1000 €, contemplata in aggiunta agli interessi moratori dopo il 90 giorni di ritardo.

Come si può agevolmente notare, lo statuto unitario delle obbligazioni pecuniarie è attraversato, per il medio di queste discipline, da una *scomposizione derogatoria* per singole tipologie di transazioni commerciali. Anche questa non è una *novitas* di marginale rilievo, sebbene poi sia vero che la rigidità dei termini di pagamento sortisce come effetto che, almeno nel settore dell'agroalimentare, la grande distribuzione compensa il maggior costo delle singole operazioni economiche praticando condizioni contrattuali più gravose per le piccole e medie imprese della filiera alimentare. Il che dovrebbe indurre l'interprete a spostare l'attenzione sul fenomeno dello squilibrio normativo nei contratti tra imprese.

[51] V. Parere *pro – veritate*, reso –il 10 maggio 2013- dal Prof. Avv. Antonio Baldassarre, su richiesta della FIPE.

[52] È la tesi che si sostiene nel Parere *pro – veritate* reso alla FIPE: che infatti si conclude nel senso (discutibile) di un art. 63 non applicabile, per contrarietà al diritto europeo, secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale.

8. Epilogo: di alcune (fra le molte) vischiosità della cessione *pro soluto* agli intermediari creditizi.

Una piccola aggiunta, a mo' di chiosa finale, sulla cessione *pro soluto*.

Come si diceva, l'art. 6 –comma 1- del d.l. 35/2013 dispone che il pagamento va effettuato con priorità per i crediti che non siano stati oggetto di cessione *pro soluto*: e, tra questi, viene poi statuito che il pagamento dovrà essere imputato al credito più antico, come risulta dalla fattura o da una equivalente richiesta di pagamento. Il richiamo che qui si volesse fare all'art. 1193 c.c. sarebbe, per altro, del tutto improprio: il principio cronologico nell'adempimento delle obbligazioni, donde se il creditore non dichiara quale debito intende vedere soddisfatto si ha un'iniziale preferenza per il più antico, attiene infatti al caso del debitore che ha sì più debiti della stessa specie ma nei riguardi del *medesimo creditore*.

Quale sia la *ratio* dell'art. 6 è, per altro, del tutto evidente: in un contesto che vedrebbe non l'impresa cedente, la quale seppure per un importo minore rispetto all'ammontare del credito ceduto ha comunque incassato il pagamento, quanto e piuttosto il cessionario agire per la riscossione, si è voluto *preferire* le imprese che non avessero ancora ceduto il proprio credito ad intermediari bancari o finanziari[53]. Costoro per altro, sulla premessa che il diritto agli interessi moratori non pagati passa al cessionario (perché i frutti scaduti che l'art. 1263, c. 3 riconosce al cedente sono gli interessi *convenzionali* maturati fino al giorno della cessione), si troverebbero naturalmente a beneficiare del trattamento premiale –un tasso di riferimento maggiorato di otto punti percentuali– che l'art. 5 riserva al creditore originario[54]. E tuttavia, se la *ratio* dell'art. 6 facilmente si comprende, non per questo vanno passate sotto silenzio le molte asperità che rendono farraginoso, *in subiecta materia*, l'operare dell'art. 1267 c.c. Se ne citano, qui, due.

Primo, lo spicchio dei crediti ceduti, per quanto corposo, nell'insieme risulta esiguo in quanto un'efficiente funzionalità della cessione postula la predisposizione di una provvista, ad opera della Cassa depositi e prestiti, utilizzabile dagli intermediari creditizi a copertura di operazioni *pro soluto* per crediti certificati ai sensi dell'art. 7 del d.l. 35/2013. La suddetta provvista avrebbe invero l'effetto, per la banca che abbia acquistato *pro soluto*, di accendere una nuova linea di credito nei riguardi della P.A. debitrice, senza incrementare la propria esposizione nei confronti dell'impresa cedente, consentendo altresì a questa di introitare della liquidità aggiuntiva. Epperò una siffatta procedura, nella misura in cui i crediti vantati dal cessionario nei riguardi dell'ente debitore dovrebbero comunque venire garantiti dalla P.A., si traduce *in concreto* nell'emissione di titoli finanziari: il che va automaticamente ad incidere sul debito pubblico, calcolato secondo la definizione di Maastricht. Di qui il preferire la pratica di una cessione *pro solvendo* la quale, tuttavia, lascia intatta la natura commerciale del credito. Con tutto quello, naturalmente, che ne consegue.

Secondo, permane il dubbio che la cessione *pro soluto* impatti direttamente sui vincoli del Patto di Stabilità e finisca così per diventare un patto elusivo, nullo ai sensi degli artt. 31, c. 30 e 32, c. 26 della legge di Stabilità.

Gli è infatti che la cessione *pro solvendo* o *pro soluto* può avvenire solo dopo che, su istanza del creditore, l'Amministrazione Pubblica debitrice abbia certificato –art. 7, c. 1 e 2- che il relativo credito sia certo, liquido ed esigibile. Il che, però, può darsi sempre *nel rispetto delle previsioni normative vigenti in materia di patto di stabilità interno*. L'attività di certificazione si limita infatti a documentare la sussistenza del credito senza esplicitare una qualche altra valutazione sul merito dell'operazione. Di talché, se la cessione è disposta dall'impresa fornitrice del servizio od esecutrice dei lavori allo scopo di rendere possibile il pagamento della prestazione effettuata, non è affatto da escludere che, imputandosi gli oneri finanziari della cessione, l'ente debitore non incappi nella stipula di un negozio elusivo ex art. 1344 c.c. Ne scaturisce un quadro estremamente frastagliato rispetto al quale neanche la circolare n. 5/2012 della Ragioneria Generale dello Stato riesce a dettare, se si eccettuano certe fattispecie paradigmatiche di collegamento contrattuale [55], un'*actio finium regundorum* di mas-

[53] Per inciso, ai sensi dell'art. 7, c. 8 del d.l. 35/2013, è fatto obbligo alle banche ed agli intermediari finanziari, per il tramite dell'ABI, di trasmettere al MEF l'elenco completo dei debiti certi, liquidi ed esigibili nei confronti delle P.A., maturati alla data del 31 dicembre 2012, che siano oggetto di cessione in loro favore, distinguendo tra cessioni *pro soluto* e *pro solvendo*.

[54] Di «rilevanti interessi moratori» discorre Corte dei conti, sez. Contr. Toscana, parere 29 gennaio 2013, n. 4.

[55] Si pensi ad una cessione a titolo oneroso di patrimonio comunale ad una società partecipata, con un mutuo poi contratto dalla stessa per corrispondere il prezzo della vendita. Tramite questa operazione trilaterale l'ente pubblico ottiene il doppio risultato utile di conseguire un finanziamento non classificabile tecnicamente alla stregua di un indebitamento e di riversare il debito sulla partecipata. Solitamente però accade che sia proprio l'ente pubblico debitore a garantire l'indebitamento della partecipata mediante fideiussione o lettera di patronage ovvero a

sima. Il che, dovendosi rimettere il tutto ad una valutazione caso per caso, alimenta una situazione di vischiosa incertezza quanto al *se* contrarre.

Rimane un fatto: ai sensi dell'art. 8, c. 1 d.l. 35/2013, la cessione dei crediti –certi, liquidi ed esigibili- nei confronti delle amministrazioni pubbliche, per somministrazioni, forniture ed appalti, va esente da imposte, tasse e diritti di qualsiasi tipo[56]. Il successivo art. 9 aggiunge un nuovo art. 28-*quinquies* al D.P.R. n. 602/1973, riconoscendo la compensabilità di questi crediti –debitamente certificati- con le somme dovute in varie fasi del procedimento tributario. Che allora, dopo una prima distinzione tra obbligazioni pecuniarie comuni ed obbligazioni pecuniarie rette dal d. lgs. 192/2012, debba adesso procedersi a riconoscere un'ulteriore sottodivisione, cioè i debiti pecuniari della P.A. per somministrazioni, forniture ed appalti?

corrispondere periodicamente le rate del mutuo contratto da questa sotto forma di erogazione di contributo in favore della partecipata.

[56] Eccetto l'IVA.

L'INOPPONIBILITÀ AL TERZO ACQUIRENTE DELL'ANNULLAMENTO DELLA PROCURA.

Di Giovanni Passagnoli

SOMMARIO: 1. Annullamento della procura per vizi del consenso o incapacità naturale del rappresentato. - 2. Emersione giurisprudenziale del problema. - 3. Segue: gli esiti applicativi di tale orientamento. - 4. Diversità strutturale e funzionale tra le ipotesi di vizio della procura e di difetto di procura. - 5. Apparenza e inopponibilità dell'annullamento. - 6. L'inopponibilità al terzo acquirente, di buona fede ed a titolo oneroso, dell'annullamento della procura.

1. Annullamento della procura per vizi del consenso o incapacità naturale del rappresentato.

Il problema delle conseguenze dell'annullamento della procura per i vizi del consenso o per la incapacità naturale del rappresentato risulta nel suo complesso – sia pure con talune eccezioni delle quali dirò - scarsamente trattato negli studi sulla materia.

Ciò spiega in parte i risultati, certamente insoddisfacenti dal punto di vista della ragionevole composizione degli interessi in conflitto, cui si assiste in pronunzie anche recenti.

Come vedremo, la materia soffre della acritica – quanto sistematicamente scorretta - assimilazione degli effetti dell'*annullamento della procura* a quelli della originaria mancanza del potere rappresentativo per la *inesistenza della procura.*

L'occhio dell'interprete allenato coglie subito il vizio di ontologismo che si annida in tale enunciato; e ciò basterebbe a render meritevole di considerazione il problema.

Ma la questione, se possibile, appare ancora più urgente in considerazione delle sue implicazioni applicative, cioè per il pregiudizio grave che il richiamato orientamento arreca alla tutela dell'affidamento nella circolazione dei beni.

2. Emersione giurisprudenziale del problema.

Fissa, emblematicamente, i termini della questione una recente pronunzia della Cassazione[1]. Da essa conviene perciò avviare il discorso.

Si trattava, nel caso deciso, di una procura annullata ai sensi dell'art. 428 c.c., poiché rilasciata in stato di incapacità naturale del rappresentato. Occorreva dunque valutare quali conseguenze producesse, rispetto al terzo acquirente, un simile annullamento.

La soluzione prospettata dalla Corte è netta e si articola nei seguenti momenti logici.

Anzitutto, ricorda la Corte, è vero che l'art. 1389 richiede, per i contratti conclusi dal rappresentante la capacità naturale del solo rappresentante, mentre al rappresentato è richiesta la sola capacità legale. Tuttavia, prosegue la Corte, la disposizione avrebbe un ambito di applicazione più limitato di quello letterale: essa disciplinerebbe la sola ipotesi del contratto stipulato dal rappresentante in forza di una procura *validamente* conferitagli dal rappresentato.

Sarebbe pertanto estraneo al detto ambito di applicazione il caso in cui – in conseguenza della originaria incapacità naturale del rappresentato - la procura sia annullata ai sensi dell'art. 428 c.c..

[1] Cass. 9 marzo 2012, n. 3787, in *Juris data*.

L'annullamento, per sua natura, priverebbe *ex tunc* il rappresentante della legittimazione rappresentativa; e gli atti da questi compiuti dovrebbero considerarsi conclusi da un rappresentante senza poteri.

A tal punto, per logico corollario, gli atti sarebbero inefficaci ed il terzo contraente godrebbe, in conformità a quanto dispone l'art. 1398, della sola tutela risarcitoria nei confronti del *falsus procurator*, per aver confidato nella validità (*rectius*, efficacia) del contratto.

Una volta esclusa la sussistenza del potere rappresentativo del procuratore, la Corte prende in considerazione la possibilità di riconoscere tutela agli acquisti del terzo contraente alla stregua dell'art. 1396, secondo comma, in tema di rappresentanza apparente.

Anche qui però la strada che la Corte delinea è assai stretta e in definitiva coerente col proprio risalente[2] orientamento restrittivo in tema di apparenza c.d. "colposa"[3]: in materia di rappresentanza, il rilievo che ad essa può ascriversi "non è dato solo dall'atteggiamento psicologico di chi invoca la situazione di apparenza, ma anche da quello negligente o malizioso, del rappresentato"[4].

Come si vede, per tale via[5], nelle ipotesi di incapacità naturale del rappresentato al tempo del rilascio della procura, gli spazi per una tutela degli acquisti del terzo divengono quasi impercettibili, con la sola eccezione dei casi di incapacità naturale procurata colpevolmente dal rappresentato medesimo.

Troppo poco per considerare soddisfatta, in termini sistematicamente plausibili, l'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo contraente e più in generale la sicurezza della circolazione.

3. Segue: gli esiti applicativi di tale orientamento.

L'onere di esigere dal rappresentante *"che questi giustifichi i suoi poteri*", regolato dall'art. 1393, in linea generale costituisce il fondamento della disciplina riservata agli atti del *falsus procurator*.

Stando al richiamato orientamento, tale onere finirebbe con l'estendersi dall'accertamento degli elementi costitutivi del potere rappresentativo (*id est* della esistenza e del contenuto della procura) a quello della insussistenza di elementi impeditivi della fattispecie.

Su queste basi, drammatizzando l' interpretazione, come è giusto fare per saggiarne la plausibilità, è lecito chiedersi chi mai avrebbe il coraggio di contrarre con un procuratore, restando esposto – quand'anche l'acquisto venga effettuato in buona fede ed a titolo oneroso - alle conseguenze della incapacità naturale o dei vizi del volere del rappresentato che, di norma, il terzo non ha modo di conoscere.

La procura, così intesa, cesserebbe di assolvere alla propria funzione espansiva del potere di autonomia e diverrebbe uno strumento inutilizzabile a misura dell'incontrollabile rischio connesso al suo impiego.

Ciò induce a ripensare l'intero ragionamento.

4. Diversità strutturale e funzionale tra le ipotesi di vizio della procura e di difetto di procura.

Esaminiamo dunque la premessa dalla quale muove il criticato orientamento: l' annullamento della procura, stante la retroattività che gli è propria, sarebbe assimilabile alla carenza originaria del potere rappresentativo per la inesistenza della procura.

Tale assunto, solo apparentemente lineare, è in realtà insostenibile.

[2] In tal senso, per prima, già Cass. 17 marzo 1975, n. 1020, in Foro it., 1975, I, c. 2267.

[3] Sul quale già FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir*., II, Milano, 1958, p. 701.

[4] Si tratta dell'accezione meno intensa del principio d'apparenza, alla cui stregua non sarebbe sufficiente la imputabilità in senso puramente oggettivo dell'apparenza ad un determinato soggetto, ma occorrerebbe un concomitante comportamento colposo di questi; sul punto, ampiamente, in prospettiva storica e comparatistica, anche con riferimento alla esperienza francese del risarcimento in forma specifica nel caso di *faute du mandant*, DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1996, in specie, p. 190 ss., 195. Si tratta, evidentemente, di una scelta degli interpreti niente affatto necessitata dal punto di vista sistematico, se è vero, come autorevolmente rilevato in dottrina (ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 305; DI GREGORIO, *op cit.*, pp. 198-199), che vi sono indici positivi della possibile rilevanza dell'apparenza "pura": si pensi per tutte, alla disciplina dell'erede apparente (art. 534, secondo comma), agli acquisti *a non domino* di beni mobili (art. 1153), al pagamento al creditore apparente (art. 1189), ipotesi tutte nelle quali l'apparenza, accompagnata dalla buona fede del terzo risulta del tutto autosufficiente per la produzione degli effetti. A favore di un criterio puramente oggettivo cfr. , con specifico riferimento al rappresentante apparente, PECCIATI, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 774.

[5] Ferma la necessità di superare le perplessità che pur taluno ha avanzato circa la riconducibilità dell'annullamento della procura alle "altre cause di estinzione del potere di rappresentanza" regolate dal comma secondo dell'art. 1396, su cui, ampiamente , PAPANTIPELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, p. 123 ss..

Un Autore, che più di altri ha analizzato il problema, individua, esattamente, i termini dell'indagine, cioè la " *disciplina degli eventuali vizi della procura e, in particolare, delle condizioni che si richiedono per la loro opponibilità non tanto al* procurator*..., quanto piuttosto ai terzi destinatari degli effetti del negozio o dei negozi che il procuratore abbia posto in essere nel nome del rappresentato*"[6].

Difetta, in tale prospettiva, ogni presupposto logico-sistematico per "*un accostamento del vizio di procura al difetto di procura*"[7], per una serie di ragioni concorrenti che possono così schematizzarsi.

Anzitutto, è evidente che altro è la inefficacia originaria - e più precisamente l'efficacia sospesa[8] - dell'atto del *falsus procurator*; altro l'efficacia, originaria, dell'atto posto in essere in forza della procura viziata. Nel secondo caso l'efficacia dell'atto, che indubitabilmente sussiste, è suscettibile di essere rimossa a posteriori, con azione costitutiva di annullamento[9]; ma tale azione - è appena il caso di ricordarlo - in quanto espressione di un diritto potestativo, può essere o meno proposta, può prescriversi, è suscettibile di convalida.

In breve, ove difetti la procura, gli effetti non si producono; ove invece la procura esista, ma sia annullabile, gli effetti si producono *ab origine*, sono suscettibili di consolidarsi, possono essere rimossi solo costitutivamente.

Dal punto di vista strutturale, dunque, le due ipotesi considerate – vizio della procura e difetto di procura- non potrebbero essere più distanti.

Se poi si guardi alla *ratio* della tutela e alla posizione del terzo contraente, il risultato, in termini di netta distinzione tra le anzidette fattispecie, ne risulta pienamente confermato.

E' evidente che il *rischio* della improduttività di effetti degli atti del *falsus procurator*, addossato al terzo contraente, si giustifichi quale conseguenza negativa del mancato assolvimento dell'*onere*, posto a suo carico dall'art. 1393, di verificare l'esistenza ed il contenuto della procura.

Diversamente, ove la procura esista e sia viziata nei suoi presupposti extratestuali e non direttamente conoscibili, nessun contegno antidoveroso può ascriversi al terzo che abbia assolto l'onere anzidetto; mal si giustifica quindi, in termini di coerenza sistematica, il sacrificio del suo affidamento[10].

5. Apparenza e inopponibilità dell'annullamento.

Potrebbe obiettarsi, seguendo l'argomentare della richiamata giurisprudenza, che il criterio di composizione degli interessi in conflitto risieda proprio nella disciplina della rappresentanza apparente di cui all'art. 1396 ; pertanto, quand'anche fossero esatte le superiori considerazioni, in difetto di un contegno colpevole del rappresentato, la tutela di questi prevarrebbe sull'affidamento del terzo.

Anche un tale assunto, tuttavia, sarebbe infondato, poiché nella specie non si tratta proprio di una ipotesi di apparenza.

Per convincersene gioverà ripercorrere brevemente i termini della distinzione tra *apparenza* ed *inopponibilità* dei fatti giuridici.

Si tratta, in termini teorici, di istituti che presentano un indubbio punto di contatto – giacché entrambi costituiscono tecniche di tutela del terzo – ma che al contempo sono radicalmente diversi, direi *antitetici* nei loro presupposti ed effetti[11].

L'*inopponibilità* del fatto, evidentemente *ne presuppone l'esistenza*.

Può dirsi proprio che sia "*la presenza di un fatto negoziale storicamente esistente e strutturalmente perfetto che si impone al terzo e che consente di far salvo, in base all'efficacia autonoma del proprio atto d'acquisto, il suo diritto*"[12]. In particolare, giova ricordarlo, si ha "*inopponibilità dei vizi negoziali*", latamente considerati con riferimento al contratto o al rapporto, nelle ipotesi di annullamento, rescissione, risoluzione, revocatoria disciplinate rispettivamente dagli artt. 1445, 1452, 1458, 2901; ed in esse, se varia "*la misura dell'opponibilità*" – in funzione della buona fede o del titolo – ne rimane tuttavia costante il richiamato "*fondamento*"[13].

Viceversa l'*apparenza*, ove rilevi, costituisce una fonte di produzione di effetti *diversa* dal fatto,

---

[6] Così, limpidamente, PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, cit., p. 122; e v. già GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 378.

[7] PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza*, cit. , p. 132.

[8] Per tutti, SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1983, IX ed., rist., p. 292.

[9] Ancora PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza*, cit., pp. 132-133.

[10] Vedi sempre PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza*, cit., pp. 134-135.

[11] Il tema, per chi fosse interessato ad approfondirlo, è ampiamente trattato da MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, in specie p. 80 ss., 181 ss..

[12] VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, pp. 155-156.

[13] Ancora VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit. , p. 154.

per definizione inesistente, irreale[14]*, per quanto apparente.*

Un esempio potrà chiarire la rilevanza, tutta positiva, della distinzione.

L'annullamento del testamento è opponibile ai terzi, stante la inapplicabilità dell'art. 1445 agli atti a causa di morte, alla stregua dell'art. 1324 c.c.. In tal caso, l'annullamento, in piena applicazione del principio "*resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*", travolge anche l'acquisto del terzo, salvo che sussistano i presupposti per l'applicazione del secondo comma dell'art. 534, in materia di acquisti dall'erede apparente[15].

Insomma, nell'esempio, l'apparenza viene in considerazione proprio in conseguenza della inapplicabilità dell'art. 1445 c.c., e costituisce, per scelta legislativa, una differente tecnica di tutela del terzo che acquisti in buona fede ed a titolo oneroso.

Con le debite trasposizioni logiche si comprende allora che, ove invece trovi applicazione la regola generale che concerne gli atti *inter vivos*, e sia quindi in radice *inopponibile l'annullamento* ai sensi dell'art. 1445, il diritto del terzo è fatto salvo, senza scomodare l'apparenza, *in forza della efficacia autonoma dell'atto d'acquisto*.

Il negozio, in simili casi, è oggetto di distinte valutazioni dell'ordinamento, con riferimento, rispettivamente, alle parti e ai terzi aventi causa; ciò in applicazione, ormai in vero pacifica, di un "principio opposto" al ricordato "*resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*"[16].

6. L'inopponibilità al terzo acquirente, di buona fede ed a titolo oneroso, dell'annullamento della procura.

Le superiori considerazioni e in particolare la richiamata articolazione di disciplina consentono un rilievo a carattere generale: è viziata da ontologismo ed è in netto contrasto col dato positivo l'idea che l'annullamento del negozio, per i suoi effetti retroattivi, determini una situazione assimilabile a quella della inesistenza dell'atto.

L'annullabilità - e l'annullamento che ne segua - sono sintesi verbale della disciplina applicabile ad un atto qualificato negativamente ma esistente e rilevante[17], produttivo di taluni effetti caducabili tra le parti, nonché di effetti che - a determinate condizioni - sono invece fatti salvi rispetto ai terzi.

Con ciò, il discorso può avviarsi, in sintonia con la dottrina[18], a lineari conclusioni per il nostro problema: quali siano le sorti di chi abbia tratto causa dagli atti del procuratore, ove la procura sia poi annullata per incapacità naturale, o per vizi del consenso, del rappresentato.

Alla procura, atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale, si applicano, in quanto compatibili, le norme che regolano i contratti e tra queste il più volte richiamato art. 1445 c.c., in punto di inopponibilità dell'annullamento a chi abbia acquistato in buona fede ed a titolo oneroso.

Né potrebbe al riguardo fondatamente dubitarsi della compatibilità di tale disciplina con la procura. Essa è un *negozio preparatorio*, rispetto a quelli che il procuratore è legittimato a porre in essere con terzi; le ragioni di tutela di questi ultimi, che in linea generale giustificano l'inopponibilità dell'annullamento disposta dall'art. 1445, ne risultano perciò evidentemente confermate[19].

[14] Insiste sulla presupposta irrealtà del fenomeno manifestato, FALZEA, *op. cit.*, p. 685 ss..

[15] L'esempio, perspicuo, è di MOSCHELLA, *Contributo*, cit., p.84.

[16] Così l'insegnamento classico e perspicuo di MESSINEO, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 481.

[17] Per l'analisi della complessa vicenda teorica e positiva che ha consentito di emancipare l'invalidità dalla categoria dell'inesistenza e di cogliere nella prima una disciplina, gradata e differenziata in funzione della *ratio* normativa, di un atto rilevante ma qualificato negativamente dall'ordinamento, si vedano: FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, in specie p. 27 ss.; e, con particolare riferimento ai profili di opponibilità, PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.

[18] Il punto è stato di recente analiticamente sviluppato, tanto con riferimento ai vizi del consenso che alla incapacità naturale del rappresentato al tempo del conferimento della procura: l'annullamento, nei limiti dell'art. 1445, "non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede", che abbiano acquistato a titolo oneroso, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento (così, motivatamente, STELLA, *La rappresentanza*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, vol. I, *La formazione*, a cura di Granelli, p. 721 ss., in particolare pp. 789-789 e 850-851; nello stesso senso, vedi ancora, PAPANTI-PELLETIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, cit., p. 122 ss., 132 ss..

[19] Depone a favore di tale soluzione anche un precedente di legittimità, univoco per quanto risalente (Cass. 26 febbraio 1965, n. 318, in *Giust. civ.* 1965, I, p. 1402 ss.), secondo il quale "..se è vero che la situazione tipica considerata nell'art. 1445 è quella in cui l'annullamento concerne lo stesso titolo in forza del quale il diritto fu acquistato da coloro che poi lo trasmisero al terzo, la norma comprende e regola anche l'ipotesi in cui l'annullamento *colpisca altri presupposti della trasmissione del diritto* [corsivo mio].." (nella specie un mandato a vendere poi annullato). In senso conforme, con riferimento a tale precedente STELLA, *La rappresentanza*, cit. , p. 789, nota 18.

Può dunque concludersi che l'annullamento della procura, se pur determini ex tunc *un sopravvenuto difetto di legittimazione rappresentativa nei confronti del rappresentato, non rileva invece - poiché* inopponibile *- nei confronti dei terzi aventi causa di buona fede a titolo oneroso.* Questi ultimi fanno salvo il proprio acquisto (non già negli angusti limiti della rappresentanza apparente, bensì) in forza della efficacia - autonoma e impregiudicata dall'annullamento - del loro titolo.

Materiali e commenti

Materiali e commenti

LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER INADEMPIMENTO DI OBBLIGHI COMUNITARI. IL PROBLEMA DELLA DECORRENZA E DELLA DURATA DEL RIMEDIO RISARCITORIO.

Di Mario Mauro

***SOMMARIO:** 1. Il problema. – 2. La giurisprudenza della CGUE. – 3. Il recepimento nell'ordinamento interno. – 3.1. Illecito permanente e prescrizione. – 4. L'art. 4, co. 43, della Legge stabilità 2012. – 5. Un'altra possibile interpretazione. 5.1. Il diritto intertemporale. – 6. Conclusioni.*

1. Il problema

La questione che si pone all'attenzione è la seguente: entro quale termine possa essere fatta valere la responsabilità dello Stato che abbia omesso di attuare un diritto riconosciuto dall'Unione europea.

Ai sensi dell'art. 4, co. 43 della *Legge di stabilità*[1], «la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato».

Poiché ogni legge deve essere interpretata, i significati che possono essere attribuiti al disposto riportato possono essere molteplici.

La circostanza, sebbene fisiologica, collide con la fondamentale esigenza del soggetto di sapere con certezza la durata nel tempo del rimedio per la tutela di un proprio diritto ed il momento esatto in cui il termine fa il suo esordio.

Pertanto, tra la molteplicità di interpretazioni possibili, si tratta di individuare quella preferibile e che tenga in considerazione, al contempo, le ragioni dell'ordinamento e gli interessi delle parti.

Un contrasto si ravvisa già tra giurisprudenza di legittimità e di merito.

Secondo il Tribunale di Roma, la norma «ha natura d'interpretazione autentica e si applica retroattivamente alle fattispecie di danno verificatesi in epoca anteriore alla sua entrata in vi-

[1] L. 12 novembre 2011, n. 183. La norma è entrata in vigore il 1 gennaio 2012.

gore nonché alle relative prescrizioni ancora in corso»[2].

Diversamente, ad avviso della Cassazione, il diritto al risarcimento del danno come disciplinato dalla nuova disciplina «non può che spiegare la sua efficacia rispetto a fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore»[3].

Gli effetti prodotti dall'adesione all'una o all'altra opzione ermeneutica sono evidenti.

Il divieto di retroattività della legge civile, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost.[4], norma che rileva solo in ambito penale.

Come è noto, l'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale subordina l'efficacia della legge al solo futuro[5] ma, essendo la regola stabilita da una norma ordinaria, gli effetti retroattivi non sono in linea di principio preclusi[6].

Il legislatore può disporre che una norma produca effetti retroattivi, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[7].

Effetti retroattivi sono prodotti anche da norme 'interpretative' e la Corte costituzionale ha indicato puntualmente i criteri[8].

In linea di principio, questa non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario[9].

In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo», in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto»[10], o di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore»[11], a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale.

Accanto a tale caratteristica, la Consulta ha individuato anche una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi.

Essi sono attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento. Tra questi vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario[12].

Per valutare se l'art. 4, co. 43, in commento sia in linea con tali indicazioni, si pone la necessità di esaminare la responsabilità dello Stato per inadempimento delle direttive comunitarie in una prospettiva storico-giurisprudenziale e, successivamente, valutare se esistesse una situazione di "oggettiva incertezza" da giustificare un intervento 'interpretativo' o se risultino indici da cui dedurre la retroattività.

Anticipando parzialmente le conclusioni, è possibile proporre una interpretazione della nuova disciplina non in rottura ma in continuità con la precedente tradizione giurisprudenziale, senza dover inferire che gli aspetti innovativi

---

[2] T. Roma, 12 aprile 2012, n. 7347, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2389 (s.m.) con nota di TODARO

[3] In questo senso, Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, in *DeJure*. Nello stesso senso cfr. anche Cass., 22 marzo 2012, n. 4575, in *DeJure;* Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, in *DeJure*. Nella giurisprudenza di merito cfr. C.A. Bari, 7 agosto 2012, n. 902, in *DeJure*.

[4] Ex multis, Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236; Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*

[5] "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo".

[6] *Ex multis* cfr. Cass., 22 febbraio 1983, n. 1323, in *DeJure* e, più di recente, Cass., 13 luglio 2012, n. 12003, in *DeJure*

[7] Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78

[8] Corte cost., 30 settembre 2011, n. 257, in *Foro it.*, 2012, I, c. 660; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Foro it.*, 2012, 10, I, c. 2585

[9] ex plurimis: Corte cost., 30 settembre 2011, n. 257, cit.; Corte cost., 21 ottobre 2011, n. 271, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3517; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209, in *Foro it.*, 2011, I, c. 375; Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24, in *Foro it.*, 2010, I, c. 415

[10] Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Foro it.*, 2010, 4, I, c. 1073

[11] Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, cit.

[12] Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209, cit. e Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, cit.

della norma si applichino a fattispecie in cui il termine abbia già fatto il suo esordio.

Punto da cui muovere nell'affrontare il problema è il dialogo tra CGUE e Giudici nazionali nella costruzione del rimedio risarcitorio legato all'omessa trasposizione della direttiva e la connessa responsabilità dello Stato.

2. La giurisprudenza della CGUE

La scelta di prevedere un obbligo risarcitorio gravante sullo Stato inadempiente è da considerarsi abbastanza obbligata se si considera, da una parte, che, con l'allargamento delle aree di competenza del diritto dell'Unione, le occasioni di frizione con il diritto dei singoli Stati membri sono destinate ad aumentare; dall'altra, che la via risarcitoria si manifesta come quella più praticabile, presupponendo le altre tutele una qualche forma di coercizione e che di questa dispongono soltanto gli Stati membri[13].

La struttura del rimedio risarcitorio si articola nell'ambito del riparto di competenze tra il diritto comunitario e quello interno: mentre il primo stabilisce il fondamento della responsabilità, il secondo si incarica di riparare le conseguenze enunciandone le condizioni formali e sostanziali.

In un procedimento del 1963[14] in materia di dazi doganali e di efficacia diretta dell'art. 25 Trattato CE, la Corte di Giustizia precisa che il diritto comunitario «indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone doveri ai singoli, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

Il ragionamento è stato successivamente portato alle sue conclusioni nel 1991[15]: «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno stato membro».

Secondo i Giudici, affinchè si configuri la responsabilità dello Stato derivante da mancato recepimento della direttiva, devono essere soddisfatte tre condizioni:

1. il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti nei confronti di singoli;
2. il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva;
3. esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato (art. 288 TFUE) ed il danno subito dai soggetti lesi.

L'elaborazione è stata successivamente specificata da altre due pronunce dei Giudici del Lussemburgo, *Brasserie du pecheur/Factorame III*[16] e *Courage*[17].

La seconda pronuncia attribuisce al rimedio risarcitorio l'espressione della tutela minima che l'ordinamento offre e che deve essere sempre e comunque garantita.

La prima sentenza, richiamando i principi affermati nel caso *Francovich*, afferma la possibilità che lo Stato venga condannato solo in presenza di una "violazione manifesta e grave"[18], evidenziando come il *quantum* debba es-

[13] Così A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 114 il quale si richiama al pensiero di K. ZWEIGERT – H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995, p. 156.

[14] CGCE, 5 febbraio 1963, c-26/62, *Van Gend en loos*

[15] CGCE, 19 novembre 1991, C-9/90, *Francovich*. Il caso riguarda la mancata attuazione di una direttiva comunitaria la quale prevedeva un obbligo di istituire un sistema di garanzia per i crediti maturati dai lavoratori in ipotesi di insolvenza del datore, alla quale direttiva non era possibile riconoscere la natura di *self executing.*

[16] CGCE, 5 marzo 1996, C-4693 e C/48/93

[17] CGCE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*

[18] Sull'applicazione del principio si veda CGCE, 26 marzo 1996, C-392/93, *British Telecom*, in *Foro it*, 1996, IV, c. 321. Nonostante fosse stata accertata l'erronea trasposizione di una direttiva comunitaria in materia di appalti nell'erogazione di acqua e di energia, il danno lamentato non integrava una violazione manifesta e grave. Infatti, considerato che la norma europea non era sufficientemente chiara e precisa, l'interpretazione del Governo inglese è stata, in primo luogo, in buona fede e coerente con gli scopi ed il tenore letterale della direttiva e, in secondo luogo, non si riscontravano precedenti che si muovessero lungo tale direzione.
Diversamente, nella sentenza *Dillenkofer* in tema di vendita di pacchetti turistici (CGCE, 8 ottobre, 1996, C-178/94 in *Giur. It.*, 1997, I, p. 1009), il mero inadempimento dell'obbligo di dare attuazione ad una direttiva è sufficiente ad integrare una violazione manifesta e grave. E sulla stessa linea, nel caso *Helley Lomas* (CGCE, 23 maggio 1996, C-5/94 in *Giur. It.*, 1997, I, p. 713) la Corte di giustizia prevede che la semplice adozione della direttiva, la chiarezza della disposizione violata del trattato

sere rapportato in maniera adeguata al danno subito dal cittadino[19].

La sentenza *Brasserie du pecheur/Factorame III* si segnala anche per le potenzialità di ampliamento nella configurazione della responsabilità dello Stato[20]:

a) il diritto al risarcimento sorge tanto in violazione di direttive *direttamente applicabili* che *non direttamente applicabili;*
b) il giudice nazionale non può subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, concepita come qualcosa di diverso dalla violazione manifesta e grave del diritto comunitario.

La creazione di un rimedio così strutturato nasce dall'esigenza di garantire ed offrire una tutela effettiva cittadino[21]: se esiste un silenzio normativo (come nell'ipotesi in questione), «spetta alla Corte, nell'espletamento del compito conferitole dall'art. 267 del Trattato di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione ed applicazione del Trattato, statuire su tale questione avvalendosi dei canoni interpretativi generalmente accolti, facendo ricorso in particolare ai principi fondamentali dell'Ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri».[22]

Il rimedio trova la propria fonte nell'attuale art. 10 TUE, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare che assicurino l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario[23], tra cui rientra anche quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione.

Inoltre, prosegue *idealmente* la Corte, il principio della responsabilità extracontrattuale della comunità[24] «altro non è se non un'enunciazione del generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo di riparazione del danno arrecato»[25]. Da qui, l'obbligo incombente alle pubbliche autorità di risarcire i danni cagionati nell'esercizio delle loro funzioni.

Pertanto, affermata una forma di responsabilità derivante da omissione legislativa, la determinazione delle forme entro le quali questa si articola è rimessa a ciascun Stato membro[26].

Con due limiti ben precisi[27]: è necessario che siano rispettati il *principio di equivalenza*, secondo cui la disciplina adottata non deve risultare meno favorevole per il danneggiato di quella prevista per analoghe pretese fatte valere nell'ambito del diritto interno, e il *principio di effettività*, secondo cui non può essere reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento che spetterebbe secondo il diritto dell'Unione[28].

---

e l'assenza di una qualsivoglia giustificazione conducono a ritenere che sia stato integrato il requisito della violazione manifesta e grave.

[19] Tale ultimo aspetto sull'adeguatezza del risarcimento è stato inoltre puntualizzato da un'altra pronuncia di un anno successiva, CGCE, 10 agosto 1997, C-261/95 e C-373/95, *Palmisani* e *Masi*.

[20] L'osservazione è di V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Contr. e impr./Europa*, 1999, p. 101

[21] Sulla questione di garantire piena efficacia ai diritti riconosciuti dalla comunità europea si vedano le ormai note pronunce CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal* in *Foro it.*, 1978, IV, c. 201 e CGCE, 19 giugno 1990, C-213/1989

[22] *Brasserie du pecheur/Factorame III*, §27.

[23] *Francovich*, § 36.

[24] Cfr. art. 340 TFUE

[25] Sentenza *Brasserie du pecheur* e *Factorame*, § 28

[26] CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*

[27] I concetti di *equivalenza* ed *impossibilità pratica* sono stati per la prima volta introdotti da CGCE, 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 297.

[28] Sul punto cfr. CGUE, 19 maggio 2011, C-453/09: «Secondo costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la piena tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, purchè tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)». Nello stesso senso v. anche CGCE, 17 luglio 1997, C-114-115/95; CGCE, 11 luglio 2002, C-

3. Il recepimento nell'ordinamento interno.

«Se la responsabilità dello Stato è imposta dal diritto comunitario, è nell'ambito del diritto nazionale relativo alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato»[29].

Prima dell'entrata in vigore della norma segnalata in apertura di paragrafo, si riscontrava un contrasto nella giurisprudenza nazionale[30].

Un primo orientamento, maggioritario fino al 2009, aveva ritenuto che, una volta stabilito il principio dell'obbligo di risarcimento del danno nell'ambito del diritto comunitario, ne sarebbe conseguita, nell'ambito del diritto interno, la responsabilità aquiliana dello Stato[31].

La dottrina aveva aderito con favore «in base ad una considerazione abbastanza elementare»[32]: trattandosi di una direttiva non *self-executing*[33] che necessita di un ulteriore passaggio normativo per la sua applicazione, «è necessario concludere che l'unico dato normativo, cui far riferimento, è il diritto riconosciuto al singolo beneficiario, diritto della cui violazione è responsabile lo Stato a motivo della sua condotta omissiva»[34].

L'indirizzo cambia nel 2009[35]: la condotta inadempiente dello Stato membro ha natura antigiuridica solamente nell'ambito del diritto comunitario e non anche in quello interno. Diversamente, nell'ambito del diritto interno, il comportamento del legislatore è fonte di un'obbligazione *ex lege* di natura indennitaria «per attività non antigiuridica», la cui disciplina sarà determinata dal giudice in base alle regole

62/00; CGUE, 24 marzo 2009, C-445/06, tutte in *curia.europa.eu*

[29] CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*

[30] Del tutto isolata è Cass., 1 aprile 2003, n. 4915, in *Danno e resp.*, 2003, p. 718 con nota di E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria.* Secondo questa pronuncia nessuna responsabilità sarebbe addebitabile allo Stato: da una parte, a norma della Carta costituzionale, la funzione legislativa è ripartita tra Parlamento e Governo; dall'altra, nell'adempimento di questa funzione, il Parlamento è libero nei fini e la sua attività non può essere sindacata da organi giurisdizionali. Ne conseguirebbe che di fronte al potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette facenti capo ai singoli. « Nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, la Carta costituzionale regola la funzione legislativa, ripartendola tra il Governo ed il Parlamento, quale espressione di potere politico, libera cioè nei fini e sottratta pertanto a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Ne consegue che in relazione all'esercizio di tale potere non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo - che è libero nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale - e che possa comunque qualificarsi in termini di illecito da imputare allo Stato - persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c., una determinata conformazione dello stato - ordinamento».
L'orientamento non convince affatto in quanto si fonda su una nozione volontaristica del potere politico, insindacabile e svincolato da qualsiasi giudizio. Oggi, invece, il panorama è profondamente mutato. Con l'introduzione dell'ordinamento comunitario, molte competenze sono state trasferite dallo Stato all'Unione europea. Sostenere che il potere politico sia svincolato, significa ignorare le indicazione del legislatore e della giurisprudenza comunitaria. Inoltre, titolare del potere legislativo non è solo il Parlamento, ma anche tutti quegli organi che al suo controllo sono preposti.

[31] Cfr. Cass., 15 maggio 2003, n. n. 7630, in *Corr. giur.*, 2003, p. 858; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1349, con nota di A. DI MAJO; Cass., 3 giugno 2009, n. 12814, in *Danno e resp.*, 2009, p. 892, di cui si riporta la massima, «in relazione alle direttive europee non direttamente applicabili nell'ordinamento interno per la mancanza di specificità della prestazione richiesta è esercitabile unicamente l'azione di risarcimento del danno aquiliano per l'illecito consistente nell'omessa o ritardata attuazione della direttiba. La prescrizione di siffatta azione è quinquennale».

[32] A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1428

[33] Nel senso che essa, per la sua genericità, non è destinata a creare un rapporto diretto tra lo Stato ed il cittadino destinatario. Sul concetto di direttiva *self executing* cfr. CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, in *Foro it.*, IV, c. 201 nonché anche C. Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2063.

[34] A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, cit., p. 1429.

[35] Cass., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, p. 168, con nota di E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Corr. giur.*, 2009, p. 1345, con nota di A. DI MAJO; in *Danno e resp.*, 2010, p. 19, con nota di CONTI; in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2274, con nota di GIANNELLI; in *La responsabilità civile*, 2010, p. 346, con nota di RICCIO; in *Dir. comm. internaz.*, 2009, p. 709, con nota di RAPISARDA; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, p. 1667; in *Dir. e formazione*, 2010, p. 548, con nota di GRAZIANO; in *Giur. it.*, 2010, p. 691, con nota di BAIRATI; in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 311, con nota di GUFFANTI PESENTI; in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2010, p. 495, con nota di VIGLIANISI FERRARO.

del proprio ordinamento nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

Da qui la conclusione sulla applicabilità delle regole contrattuali in punto di responsabilità.

La decisione è stata criticata, soprattutto per ragioni concernenti l'esclusione della natura antigiuridica del comportamento statale[36].

Ad ogni modo, la riconduzione della pretesa risarcitoria nell'alveo della responsabilità contrattuale si riflette evidentemente sulla prescrizione, allungando il termine quinquennale fino a dieci anni.

Residuava, peraltro, una situazione di incertezza relativa alla decorrenza e varie sono state le soluzioni prospettate[37].

Un orientamento giurisprudenziale, nato in seno alla Corte di Giustizia[38] ed al quale si era conformata anche la giurisprudenza italiana[39], aveva avuto riguardo alla data di attuazione della direttiva: solo in questo momento cesserebbe l'illiceità e solo in questo momento il cittadino avrebbe la possibilità di conoscere nel dettaglio il contenuto del diritto negatogli e, di conseguenza, l'ammontare del risarcimento.

Infatti, se il termine di prescrizione deve iniziare *da quando il diritto può essere fatto valere* (c.c. 2935) questo non potrebbe coincidere né con l'emanazione della direttiva (perché ancora nessun obbligo è stato violato) né con il termine assegnato agli Stati per la trasposizione della fonte comunitaria nel diritto interno (perché anche in questo momento il soggetto sarebbe comunque privato delle condizioni di conoscere il contenuto del diritto).

Nel 2009 la CGUE ha mutato avviso[40], non escludendo la possibilità di anticipare la decorrenza del termine di prescrizione ad un momento antecedente la tardiva trasposizione della direttiva: «il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola»[41].

In buona sostanza, la data certa, ai fini dell'*exordium praescriptionis* coincide con la trasposizione della direttiva, salvo dimostrare per lo Stato inadempiente che gli effetti dannosi si siano prodotti già prima e, quindi, già prima erano conosciuti e già prima la prescrizione aveva iniziato il suo corso.

La Cassazione, in una pronuncia del 2011, si uniforma a quest'ultima tesi della CGUE ma inquadra la condotta omissiva dello Stato nell'ambito dell'illecito permanente, facendo in

---

[36] Ex multis, cfr. E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. Anche dopo tale pronuncia non sono mancati i riferimenti alla responsabilità aquiliana (cfr. Cass. 3 giugno 2009, n. 12814, id., Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 412; annotata da A. DI MAJO, in *Corriere giur*., 2009, p. 1351; M. GORGONI, *La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari*, in *La responsabilità civile*, 2010, p. 185; nonché, tra le pronunce di merito, Trib. Roma 17 maggio 2010, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1859, e, di poco precedente all'intervento delle sezioni unite, Trib. Perugia 14 gennaio 2009, *Rass. giur. umbra*, 2009, p. 84, con nota di D. MIGLIORATI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*).
In altri casi si è registrato un pieno allineamento alla concezione delineata dalle sezioni unite (cfr. Cass. 10 marzo 2010, n. 5842, in *Foro it.*, 2011, I, 862, dove si è precisato che i danni risarcibili non sono soltanto quelli derivanti dall'inidoneità del diploma di specializzazione conseguito secondo la previgente normativa al riconoscimento negli altri Stati membri e dal suo minor valore sul piano interno, ai fini dei concorsi per l'accesso ai profili professionali, ma anche quelli connessi alla mancata percezione di una remunerazione adeguata). Sulle diverse concezioni in ordine alla configurazione della responsabilità dello Stato per il non corretto recepimento di una direttiva, v. L. FALTONI, *Lo Stato che vìola gli obblighi comunitari risarcisce i cittadini in via extracontrattuale: ingiustizia comunitariamente qualificata?*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1864; A. GIANNELLI, *La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva, modelli a confronto*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, p. 2280; L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 316.

[37] Per una rassegna delle diverse posizioni, v. D. SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *La responsabilità civile*, 2011, p. 253

[38] CGCE, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmot*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 324

[39] Cass., 3 giugno 2009, n. 12814, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1348, con nota di A. DI MAJO; in *La responsabilità civile*, 2010, p. 185, con nota di M. GORGONI.

[40] CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

[41] Nel medesimo senso anche CGUE, 19 maggio 2011, C-452/09, *Iaia.*

modo che il diritto al risarcimento si rinnovi *de die in diem* e si prescriva *pro rata temporis*[42], arginando gli effetti prodotti da una eventuale anticipata decorrenza del termine.

3.1. Illecito permanente e prescrizione.

La categoria dell'illecito permanente è stata poco considerata dalla dottrina[43]. Probabilmente ciò è dovuto al fatto che nel nostro Codice civile non esiste una nozione di illecito permanente e le ricostruzioni sono sempre state mutuate dal diritto penale[44].

Per questo alla giurisprudenza sono mancate solide basi teoriche intorno alle quali poter costruire l'istituto[45].

Secondo i giudici di legittimità, il carattere permanente attiene all'illecito considerato nella sua complessità ossia al comportamento *contra ius* ed al rapporto eziologico tra questo ed il danno[46]: condotta ed evento convivono in quanto la prima alimenta continuamente il secondo[47] e questo non cessa fino al cessare della condotta[48].

Da qui la differenza con l'illecito istantaneo ad effetti permanenti ove la condotta si esaurisce in un unico istante mentre le conseguenze dannose si protraggono autonomamente nel tempo.

Dal legame tra offesa ed evento emerge un'altra caratteristica: il protrarsi dell'offesa deve provenire da un comportamento volontario dell'autore, che prosegue senza interruzione. Infatti, un atto volitivo del danneggiante, o di astensione o di rimessione della situazione in pristino, sarebbe in grado di mettere fine al prodursi delle conseguenze dannose.

Ne consegue che, affinché possa configurarsi un illecito permanente è necessario che la condotta venga posta in essere dalla medesima persona, perciò che l'elemento soggettivo del fatto causale sia riferibile ad un unico soggetto.

Corollario, la successione di un soggetto ad un altro nel rapporto comporta il termine di una condotta e l'inizio di un'altra e, quindi, la nascita di un nuovo illecito permanente[49].

---

[42] «Nel caso di direttiva comunitaria sufficientemente specifica nell'attribuire diritti ai singoli, ma non self-executing, l'inadempimento statuale alla direttiva determina una condotta idonea a cagionare in modo permanente un obbligo di risarcimento danni a favore dei soggetti che successivamente si vengano a trovare in condizioni di fatto tali che, se la direttiva fosse stata adempiuta, avrebbero acquisito il o i diritti da essa riconosciuti, con la conseguenza che la prescrizione decennale del relativo diritto risarcitorio non corre, perchè la condotta di inadempimento statuale cagiona l'obbligo risarcitorio *de die in die*», Cass., 17 maggio 2011, n. 10814, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1650, con nota redazionale di DIANA e PALMIERI, e in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, p. 192, con nota di C. AMALFITANO e F. PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria.* La sentenza è stata altresì commentata da A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo stato inadempiente,* in *Corr. giur.*, 2001, p. 1428; CASTELLANETA, *Per il mancato recepimento di direttive comunitarie restano ancora da sciogliere i nodi della prescrizione*, in *Guida al diritto*, 2 luglio 2011, p. 12

[43] Tra gli scritti più significativi cfr. N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), in *Dig. disc. priv.*, aggiorn., Torino, 2010; D. GARCEA, *Sulla natura dell'illecito di durata della sanzione di lavoro irregolare,* in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 6; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile,* in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di M. Franzoni, Milanno, 2004, p. 43; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente,* Napoli, 2003, p. 207.

[44] *Ex multis* cfr. COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 318 e ss.; ALIBRANDI, voce *Reato permanente*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988; ID., voce *Reato permanente*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 770.

[45] L'osservazione è di N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 738.

[46] Di diverso avviso N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 741 secondo il quale è la *progressione nell'evento lesivo* il tratto caratterizzante l'illecito permanente commissivo più che la coesistenza della condotta e dell'evento dannoso.

[47] Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27183, in *Giust. civ.*, 2008, 4, p. 888; Cass., 13 marzo 2007, n. 5381, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1869, con nota di G. GRECO, *Illecito permanente e decorrenza della prescrizione;* Cass., 21 novembre 2007, n. 24258, in *DeJure;* Cass., 2 maggio 2006, n. 10216, in *DeJure;* Cass., 20 dicembre 2000, n. 16009, in *Studium Juris*, 2001, p. 942.

[48] Cass., 13 marzo 2007, n. 5381, cit.; Cass., 20 dicembre 2000, n. 16009, cit.; Cass., 1 gennaio 1995, n. 1156, in *DeJure*; Cass., 9 febbraio 1991, n. 1346, in *DeJure.*

[49] Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 493, in *DeJure.* Nella specie, l'illecito permanente costituito dalla captazione di acque pubbliche senza titolo era stato inizialmente effettuato dalla Cassa per il Mezzogiorno in danno dell'Acea

Così qualificato l'illecito, con riferimento alla prescrizione, è principio affermato in giurisprudenza che il termine esordisce nel momento in cui la condotta cessa, perché solamente una condotta contraria pone fine a quella antigiuridica, inizialmente posta in essere[50].

Secondo la dottrina, «la deroga rispetto al paradigma dell'art. 2935 c.c. è palese (....) ma altrettanto palesi sono le ragioni della deroga, imposta dall'esigenza di assicurare maggiore efficacia alla sanzione civile»[51].

Nella casistica giurisprudenziale, non si riscontra una regola unica ma è necessario valutare la prescrizione in relazione alla tipologia di rimedi generati dall'illecito permanente.

Infatti, con riferimento al risarcimento per equivalente, il diritto sorge in modo continuo, e in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce[52].

Ovvero, il diritto al risarcimento del danno per equivalente si prescrive per il periodo anteriore al quinquennio dalla domanda giudiziale o dall'atto di messa in mora[53].

Dello stesso avviso è anche la dottrina, l'evento dannoso rimane unico mentre le conseguenze sono plurime: se nel momento in cui è proposta la domanda si «sia già prescritto il credito risarcitorio con riguardo al primo evento di danno, poiché il danno si rinnova di momento in momento ed è frazionabile *pro rata temporis* in relazione al momento in cui è cessata la permanenza, oppure al momento in cui è stata proposta la domanda, il *quantum* va limitato *pro rata temporis*, ossia con riferimento al periodo di prescrizione non ancora decorso»[54].

Il principio affermato perde di significato con riguardo al risarcimento in forma specifica, più in particolare con il ripristino dello stato anteriore all'illecito.

A differenza delle ipotesi precedenti, viene in evidenza l'unitarietà dell'evento lesivo[55] che giustifica una differente decorrenza del termine e coincidente con il momento in cui è stata posta in essere la condotta interruttiva che fa cessare l'antigiuridicità[56].

---

e, in un secondo momento, dalla Regione Abruzzo cui la Cassa aveva trasferito le opere dell'acquedotto per il fabbisogno idrico della popolazione. L'orientamento è stato successivamente confermato anche da Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27183, cit.

[50] Secondo N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 741, le situazioni che determinano la cessazione della permanenza, possono essere ricondotte a quattro ipotesi: il ripristino dello stato di fatto anteriore all'illecito; il venir meno dell'illegittimità del comportamento; l'essere stata formalmente sanzionata l'illegittimità del comportamento ed ordinata la rimozione della situazione lesiva; l'esaurirsi della situazione lesiva.

[51] P. VITUCCI, *La prescrizione*, I, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 98.

[52] «Gli ulteriori effetti dannosi che si producono nel patrimonio di un soggetto in conseguenza dello stato di fatto determinato dal comportamento illecito di un terzo, che solo una condotta contraria di quest'ultimo può eliminare, costituiscono effetti di un illecito permanente, la cui caratteristica è di dare luogo ad un diritto al risarcimento, che sorge in modo continuo, e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce», Cass., 2 aprile 2004, n. 6512, in *DeJure*. Nello stesso senso anche Cass., 24 agosto 2007, n. 17985, in *DeJure* e Cass., 26 febbraio 2009, n. 4679.

[53] In questo senso Cass., 29 ottobre 2008, n. 25983.

[54] Cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 45. Di diverso avviso è, invece, L. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Bologna, 1998, p. 64 secondo il quale, in caso di illecito permanente consistente in una violazione di norme edilizie, la prescrizione decorrerebbe non già dalla cessazione della condotta illecita ma addirittura dalla cessazione del danno con la conseguenza che il diritto al risarcimento potrebbe essere esercitato «anche dopo molti anni o addirittura decenni, beninteso limitatamente ai danni provocati dall'illecito nell'ambito dell'ultimo quinquennio».

[55] N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 747

[56] Una pronuncia del 2007, resa in materia di innalzamento della pavimentazione stradale oltre il piano di calpestio della abitazione di proprietà dell'attore con conseguenti problemi derivanti dall'anomalo deflusso dell'acqua piovana, distingue tra diritto alla rimozione dello stato di fatto e diritto al risarcimento danni, facendo decorrere il termine *de die in diem* solo per il secondo tipo di danno.
La decisione è significativa in quanto il pregiudizio non è ravvisato nell'illiceità della costruzione bensì nella sua permanenza nel tempo.
Ne deriva che, sebbene il danno sia divenuto conoscibile nel momento in cui l'opera è terminata, il mantenimento di questo alimenta ogni giorni l'illecito e, pertanto, ogni giorno comincia a decorrere il termine di prescrizione fino a quando la costruzione non sia rimossa.
«Allorquando si lamenti un danno ad un immobile per effetto della creazione di uno stato di fatto e si domandi l'eliminazione di questo ed il risarcimento del danno cagionato all'immobile, sia l'illecito costituito dalla creazione dello stato di fatto in sé e per sé quale fonte di danno come tale all'immobile, sia l'illecito rappresentato dalla verificazione di danni all'immobile in quanto originatisi come effetti della presenza dello stato di fatto,

Se così non fosse, riprendendo le parole della dottrina poco sopra richiamata, la sanzione civile perderebbe buona parte della sua efficacia.

Infatti, è la stessa fattispecie e le esigenze concrete di tutela che pone a spingere la giurisprudenza a modulare diversamente il rimedio risarcitorio sulla base dell'interesse perseguito dal creditore, evitando che il debitore, che versi in una protratta e continuativa situazione illecita, benefici degli effetti determinati dallo scorrere del tempo.

Riportando il modello al tema in esame, secondo la Cassazione «la permanenza della condotta dello Stato italiano di omissione dell'adempimento delle direttive era tale, in sostanza, da determinare continuativamente la permanenza dell'obbligo risarcitorio e, quindi, in definitiva del danno. L'obbligo risarcitorio e, quindi, il danno vedevano continuativamente rinnovata la loro fonte *de die in die* da tale permanenza».

In altri termini, nell'illecito omissivo statale, l'illiceità non è ravvisabile in effetti ormai prodotti ma in effetti continuativamente determinati dalla condotta.

Il sistema, così come descritto, deve essere oggi confrontato con l'art. 4, co. 43, della *legge stabilità* ed individuare: come la norma disciplini l'esordio della prescrizione; se la previsione di un termine quinquennale abbia o meno natura interpretativa; se sia mutata la natura permanente dell'illecito.

In estrema sintesi, si tratta di capire dove l'intervento del legislatore recepisca la costruzione giurisprudenziale del rimedio e dove detti una nuova regola.

4. L'art. 4, co. 43, della Legge stabilità 2012.

La nuova disciplina relativa alla prescrizione in materia di diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento di provvedimenti comunitari contenuta nella legge stabilità del 2012 si articola in due parti: la prima, la durata del rimedio «soggiace, *in ogni caso*, alla disciplina di cui all'art. 2947 del codice civile»; la seconda, il termine decorre «dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è *effettivamente* verificato».

Con riferimento al primo aspetto -la durata- lo scopo della norma è porre fine a quell'orientamento giurisprudenziale che si stava affermando e che fondava la domanda di risarcimento del danno su un'azione di tipo contrattuale, con conseguente applicabilità di un termine di prescrizione decennale.

La presenza dell'inciso 'in ogni caso' sembra debba essere interpretato nel senso di un'intenzione da parte del legislatore di travalicare il problema della qualificazione della fattispecie, per la quale, a prescindere dalla natura contrattuale o aquiliana, si applicherà un termine quinquennale[57].

Non è, invece, da ritenersi che tale inciso possa essere un indice da cui dedurre la retroattività della norma. Come sarà evidenziato in proseguo, vi sono ulteriori argomentazioni che la escludono.

Aspetti problematici pone, anche, la disciplina in punto di decorrenza.

Il primo tratto peculiare riguarda l'uso del congiuntivo trapassato, "se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita", che sembra esprimere la possibilità che il *dies a quo* possa risultare collocato anche in un momento antecedente il recepimento della direttiva e, probabilmente, anche a prescindere da un recepimento[58].

hanno natura di illeciti permanenti, con la conseguenza che il termine di prescrizione della pretesa di risarcimento in forma specifica mediante rimozione dello stato di fatto non decorre dall'ultimazione dell'opera che lo ha determinato, in quanto la condotta illecita si identifica nel fatto del mantenimento dello stato di fatto che si protrae ininterrottamente nel tempo (...), mentre il termine di prescrizione del diritto al risarcimento per equivalente dei danni subiti dall'immobile in conseguenza dell'esistenza dello stato di fatto decorre in relazione a tali danni *de die in diem*, a mano a mano che essi si verificano», Cass., 13 marzo 2007, n. 5831, cit.

[57] In questo senso cfr. Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit. In dottrina M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 2, p. 195.

[58] Cfr. sempre M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, cit., p. 200

Si tratta di un'affermazione che si allinea alla più recente giurisprudenza della CGUE[59] secondo la quale l'*exordium praescriptionis* può anche coincidere col momento in cui si sono concretizzati «i primi effetti lesivi» anche prima del recepimento, purchè ciò non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

Più difficile da comprendere è il riferimento alla data in cui il fatto si è *effettivamente* verificato. Infatti, se il legislatore dopo aver richiamato l'art. 2947 c.c. ha inteso disciplinare la decorrenza, probabilmente, ha voluto dettare una disciplina diversa tra il giorno in cui 'il fatto si è verificato' (art. 2947 c.c.) ed 'il giorno in cui il fatto si è *effettivamente* verificato'[60].

Alla luce dello scopo immediato della norma riportato nella rubrica dell'art. 4, 'Riduzioni delle spese non rimodulabili dai Ministeri', l'intenzione del legislatore è arretrare l'esordio della prescrizione rispetto a discapito delle ultime indicazioni giurisprudenziali.

Secondo la tesi prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, per la valida formulazione di una domanda risarcitoria, la verificazione del fatto è legata alla conoscenza o conoscibilità del danno e di tutte le altre circostanze fondamentali[61].

È evidente che la riduzione del termine di prescrizione da 10 a 5 anni, unitamente ad un suo esordio che prescinda dalla conoscenza, riducono l'esposizione nel tempo dello Stato a domande di risarcimento del danno ed è l'interpretazione più vicina allo scopo della norma indicato in rubrica.

D'altra parte, tale soluzione interpretativa, sebbene astrattamente ipotizzabile, non è convincente perché non coerente con la giurisprudenza comunitaria.

Trovando l'obbligo risarcitorio la propria fonte nelle sentenze della CGUE, i principi di equivalenza e di effettività debbono essere rispettati[62].

Con riguardo alla decorrenza, appare violato il principio di equivalenza. A norma di questo, la disciplina adottata non deve risultare meno favorevole per il danneggiato di quella prevista per analoghe pretese fatte valere nell'ambito del diritto interno. Nello specifico, non si può non riscontrare come la giurisprudenza di legittimità, a partire dal 2003[63] e solenne conferma in una pronuncia a Sezioni unite nel 2008[64], dia rilevanza alla conoscenza ai fini dell'esordio della prescrizione.

Con riguardo alla durata, non sembra sia rispettato il principio di effettività, ove si ritenesse che l'art. 4, co. 3, avrebbe natura di norma interpretativa e, pertanto, applicabile retroattivamente.

---

[59] CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

[60] Cfr. L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile, 1.1., Norme soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, p. 65 secondo i quali, a norma del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c. «in caso di dubbio, anche la legge deve interpretarsi nel senso in cui può avere effetto, anziché in quello in cui non ne avrebbe», sempre richiamati da M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, cit., p. 200.

[61] *Ex multis*, Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453 con nota di A. PALMIERI; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 827, con nota di F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizionale nel danno da emotrasfusioni infette.* Per una autorevole posizione contraria cfr. P.G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 389.

[62] Cfr. da ultimo CGUE, 19 maggio 2011, C-452/09, *Iaia*, «secondo costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la piena tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, purchè tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)». In senso analogo, CGCE, 17 luglio 1997, C-114/95 e C-115/95, *Texaco e Olieselskabet Danmark;* CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks&Spencer;* CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*.

[63] Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285, con nota di M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo* leading case *della Cassazione sposta il* dies a quo *della manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile (la nuova regola a confronto con il modello inglese...idee per una riforma)*; in *Danno e resp.*, p. 845, con nota di I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente* e di U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*

[64] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

Al di là di qualche importante eccezione[65], la più recente giurisprudenza era pressoché concorde nel ritenere che il termine di prescrizione fosse decennale.

Naturalmente ciò non esclude che il legislatore possa intervenire e ridurre il termine di prescrizione da dieci a cinque anni, adottando una soluzione anche convincente se comparata con le riforme francesi e tedesche, con la disciplina comunitaria ed i progetti europei di uniformazione del diritto privato, ove ai termini lunghi si preferiscono quelli brevi[66].

Tale riforma, tuttavia, non può operare retroattivamente perché ciò limiterebbe, e pregiudicherebbe, la possibilità per un soggetto di agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto[67].

La disposizione non può regolare, in via sopravvenuta, il diritto al risarcimento del danno da mancato recepimento quando il fatto costitutivo della tutela invocata si collochi in epoca antecedente all'intervento legislativo che ha ridefinito, in questo settore, le regole inerenti la prescrizione[68].

Sebbene l'art. 12 preleggi possa essere derogato, «il carattere retroattivo o interpretativo della norma non tollera ambibiguità»[69].

Esaminando il tenore letterale dell'art. 4, co. 43, non si rinvengono indici da cui inferire che la novella riguarda anche i termini di prescrizione di diritti sorti e non consumati o per mancata decorrenza del termine originario o, nel caso di interruzione, per pendenza di un termine successivo, nonché i termini di prescrizione non consumati alla stregua della disciplina applicabile precedentemente e che risultassero consumati alla stregua della nuova[70].

In secondo luogo, la disposizione non reca neppure riferimenti testuali preordinati ad evidenziare la natura interpretativa della disposizione in questione[71]. Tale carattere non potrebbe, peraltro, essere neppure desunto implicitamente, mancando un contrasto giurisprudenziale significativo in ordine al termine da applicare.

Infine, venendo ad argomenti di carattere sostanziale, gli effetti retroattivi della norma determinerebbero problemi di costituzionalità. Sarebbero, infatti, violati gli articoli 111 e 25 Costituzione nonché l'art. 117, I comma, Cost. per violazione dell'art. 6 della Carta di Nizza e 6 della CEDU in tema di giusto processo.

Tali articoli, in particolare le norme CEDU e della Carta di Nizza, ostano all'emanazione di norme con effetti civili incidenti su processi già in corso, salvo per «ragioni imperative di interesse generale»[72].

Dimostrate le ragioni per cui non convince una linea esegetica che esclude la rilevanza della conoscenza ed attribuisce alla norma effetti retroattivi, è necessario proporre una interpretazione differente.

---

[65] Cons. Stato, 13 gennaio 2012, n. 482, in *Danno e resp.*, 2012, p. 736, con nota di V. CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex art. 1218 c.c. o 2043 c.c.?*

[66] Sul punto cfr. S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012, p. 135 e ss.

[67] Con la pronuncia CGCE, 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana* , la Corte ha ritenuto non conforme al diritto comunitario un periodo transitorio di 90 giorni per passare da un periodo quinquennale di prescrizione ad uno triennale. Questo perché un termine di questa portata non avrebbe permesso ai contribuenti di continuare a disporre di una possibilità ragionevole di far valere il proprio diritto al rimborso. Infatti, prosegue la Corte, assumendo come termine di riferimento un periodo di cinque anni, i contribuenti i cui diritti erano sorti circa tre anni addietro avrebbero dovuto agire in giudizio nell'arco di tre mesi, quando, invece, contavano sul fatto di disporre ancora di quasi due anni.
Un termine di sei mesi, ed è questo il punto dolente della sentenza, avrebbe consentito al contribuente di agire senza precipitazione e senza sentirsi obbligato a procedere con un'urgenza sproporzionata rispetto al termine proposto inizialmente.

[68] Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, cit.

[69] Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

[70] In questo senso, Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, cit. e Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

[71] In questo senso, Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, cit. e Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

[72] Corte cost., 30 settembre 2011, n. 257, cit. la quale si richiama a Corte EDU, 18 dicembre 2008, ric. 20153/2004, *UNEDI c. Francia*, «se, in principio, al potere legislativo non è impedito regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni a portata retroattiva, i diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della prevalenza del diritto e la nozione del processo equo sanciti dall' articolo 6 si oppongono, salvo che nel caso di motivi imperativi d'interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla conclusione giudiziaria della causa».

5. Un'altra possibile interpretazione.

Una possibile interpretazione dell'art. 4, co. 43, *Legge stabilità 2012,* deve essere cercata tenendo in considerazione le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria e che sia in continuità con la precedente giurisprudenza nazionale.

In via preliminare va segnalato come il legislatore, allineandosi alla giurisprudenza della CGUE del 2009[73], non escluda la possibilità di anticipare la decorrenza del termine di prescrizione ad un momento antecedente la tardiva trasposizione della direttiva.

Ciò non comporta che l'inserimento dell'avverbio *effettivamente* escluda la rilevanza della conoscenza.

Anche se la norma potrebbe essere derogatoria rispetto al 2947 c.c.[74], la rilevanza della conoscenza è dedotta dall'art. 2935 c.c.: la possibilità che un diritto possa essere fatto valere (2935) presuppone la conoscenza del diritto stesso.

Ebbene, quest'ultimo articolo esprime un principio di portata generale, alla base di tutto l'istituto della prescrizione, il cui precetto non può essere derogato dall'art. 4, co. 43.

L'art. 2935 c.c., infatti, costituisce un legame tra inerzia e possibilità di esercizio del diritto: se non è giuridicamente possibile esercitare il diritto, non si può nemmeno parlare di inerzia e di inizio del decorso del termine di prescrizione.

Secondo la Cassazione, «è l'inerzia del titolare del diritto (...) che domina i precetti contenuti negli art. 2934 e 2935 c.c., nel senso che la prescrizione reagisce ad essa per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, assecondando la certezza dei rapporti e del traffico giuridico»[75].

La norma, inoltre, non disciplinando la struttura dell'obbligazione risarcitoria, non mette in discussione la natura permanente dell'illecito postulata dalla Cassazione.

Pertanto, sono da ritenersi ancora valide le considerazioni espressa dalla Suprema corte nel 2011[76], con importanti conseguenze in ordine all'esposizione dello Stato a richieste risarcitorie da parte dei soggetti danneggiati dall'inadempimento: fin quando perdura il comportamento omissivo dello Stato, non si è prodotto alcun pregiudizio definitivo a carico dei beneficiari, dovendosi ritenere che «il diritto al risarcimento del danno si ricollega *de die in die* alla permanenza della condotta di adempimento», così qualificando la condizione degli interessi come 'situazione d'attesa' e mantenendo i beneficiari il proprio diritto risarcitorio[77].

Dove la disciplina è realmente innovativa è nella previsione di un termine quinquennale. Guardando al futuro, la scelta si rivela efficiente perché, sebbene in contrasto con i precedenti giurisprudenziali, introduce un termine più breve allineato alle più recenti riforme europee ed alla legislazione di settore.

D'altra parte, la previsione di un termine decennale era dettato da ragioni legate all'effettività del rimedio risarcitorio. Queste, però, possono essere compensate dalla rilevanza della conoscenza che posticipa l'*exordium praescriptionis* e con la natura permanente dell'illecito che rinnova quotidianamente il diritto al risarcimento del danno, pur limitandolo agli ultimi cinque anni.

---

[73] CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

[74] Nell'evoluzione giurisprudenziale, la Cassazione ha affrontato il significato da attribuirsi all'espressione *dal giorno in cui il fatto si è verificato* contenuta nell'art. 2947 c.c., specificando che il danno si manifesta all'esterno quando è «oggettivamente percepibile e conoscibile» (*ex multis* Cass., 29 agosto 2003, n. 12666 in *DeJure* e Cass., 28 luglio 2000, n. 9927, in *DeJure*). In tal senso, la norma in questione potrebbe essere derogatoria rispetto al 2947 c.c. nel senso che può essere interpretata nei termini escludendo la rilevanza alla manifestazione delle conseguenze.

[75] Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina e di identità?*; in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, p. 1605 con nota di R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?;* in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 648, con nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungo latenti;* in *Danno e resp.*, 2007, 7, p.764, con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno* e di M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/2007 in tema di private enforcement.*

[76] Cass., 17 maggio 2011, n. 10813, cit.

[77] Cfr. A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente,* cit.

5.1. Il diritto intertemporale

Poiché la domanda giudiziale interrompe e sospende i termini, la norma non rileva per i processi già in corso. Essa troverà applicazione solo per quei diritti che non sono ancora venuti ad esistenza.

Infatti, esclusa la sua natura interpretativa nel senso sopra precisato, l'applicazione dell'art. 4, co. 43, sarà circoscritta a quegli inadempimenti statuali successivi alla sua entrata in vigore, «e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo di essa e non da fattispecie di mancato recepimento verificatesi anteriormente»[78].

Invece, per quanto riguarda quei diritti il cui termine abbia già fatto il suo esordio, potrà trovare applicazione l'art. 252 disp. att. e disp. trans. del Codice civile.

Con questa norma il legislatore sancisce che quando per l'esercizio di un diritto il codice stabilisce un termine più breve di quello previsto dalle leggi anteriori, il nuovo termine si applica anche all'esercizio dei diritti sorti anteriormente e alle prescrizioni in corso, ma con decorrenza dalla entrata in vigore della nuova disciplina.

Stante la formulazione generale del secondo comma[79] ed essendo questa preordinata a dare adeguata tutela dei diritti, non è da escludersi che essa possa trovare applicazione anche al caso in esame.

La norma mira proprio ad evitare che un soggetto, il quale confida, al momento della nascita del diritto, su un certo termine di prescrizione e ha adeguato la propria condotta[80] nell'arco del tempo originariamente previsto, venga privato, a sorpresa, di tale possibilità al momento del sopravvenire della nuova legge.

Pertanto, per quei diritti già nati ma non ancora esercitati, troverà applicazione il nuovo termine quinquennale ma con decorrenza dal 1 gennaio 2012, data di entrata in vigore della normativa.

[78] Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

[79] Cass., 19 marzo 2010, n. 6705, in *DeJure;* Cass., 9 dicembre 2009, n. 25746, in *Foro it.*, 2010, I, 2416

[80] Nel senso di decidere circa il compimento di atti di esercizio del diritto o, comunque, di atti interruttivi

6. Conclusioni

L'interpretazione proposta cerca di valorizzare gli aspetti innovativi della novella legislativa e creare una continuità con la precedente giurisprudenza.

Nel settore della prescrizione, ove una riforma sistematica della materia sarebbe necessaria, un dialogo costruttivo tra giudici e legislatore può essere determinante nel rendere l'istituto più aderente alle esigenze di chi della prescrizione si avvantaggia o la subisce.

Prendendo come orizzonte di riferimento quello europeo, alla tradizionale idea di certezza ad informare l'istituto si aggiunge una generale esigenza di efficienza[81], tale da riportare la prescrizione al servizio delle parti che nel rapporto obbligatorio hanno specifici interessi[82]: il creditore interessato ad avere conoscenza che un proprio diritto sia stato leso affinchè il ter-

[81] L'idea che alla base della prescrizione vi siano anche esigenza di efficienza emergono chiaramente dalla giurisprudenza della CGUE e della CEDU. Per una rassegna sulla giurisprudenza cfr. M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della «ragionevolezza»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1716. Sul principio di effettività, v. anche CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier* nonché CGUE, 13 luglio 2006, C-297/04, *Manfredi*, entrambe in *curia.europa.eu*

[82] Le sollecitazioni arrivano da più parti.
Per una panoramica generale sulle riforme europee sulla prescrizione cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 21. Per una trattazione più ampia cfr. R. ZIMMERMANN, *Comparative foundations of European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge, 2002. Per approfondimenti sulla riforma tedesca cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, 9, p. 1323; S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa tedesca in tema di prescrizione,* in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 194 mentre per quella francese E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2011, p. 1098.
Tra le più recenti opere monografiche italiane si segnala P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2009.
Anche la Cassazione ha iniziato a mettere in discussione le opinioni tradizionali sulla prescrizione. In particolare si segnala Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2424, con nota di richiami di A.L. OLIVA ed in *Corr. giur.*, 2011, p. 488, con nota di A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai Giudici.*

mine possa fare il suo esordio; il debitore ad esporre per un periodo limitato nel tempo il proprio patrimonio alle pretese altrui, evitando che una protratta situazione di illiceità possa essere rigirata a suo beneficio.

In quest'ottica, si è tentata una interpretazione dell'art. 4, co. 3, *legge stabilità 2012*, che bilanci certezza ed effettività.

Con riguardo al singolo rapporto, la riduzione del termine a cinque anni e l'anticipazione della decorrenza ad un momento antecedente rispetto all'effettivo recepimento interno della direttiva è in linea con le esigenze del debitore-Stato ed i nuovi orientamenti comunitari; ciò non esclude, però, quegli orientamenti giurisprudenziali che, nell'ottica del creditore, danno rilievo alla conoscenza e inquadrano l'illecito statale nell'ambito dell'illecito permanente, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Lungo la stessa linea si colloca anche l'art. 252 disp. att. e trans. Indicando un preciso *dies a quo*, tiene in considerazione certezza ed effettività: la chiara e specifica indicazione dell'esordio non pregiudica l'affidamento del creditore che, fino all'entrata in vigore della nuova legge, era rimasto inerte.

La pronunce sul nuovo art. 4, co. 43, *Legge stabilità 2012* sono ancora poche per poter definire l'interpretazione proposta prevalente. Sembra, però, la più convincente nella misura in cui positivizza i precedenti orientamenti giurisprudenziali[83], pur continuando a lasciarne presupposti altri[84], ed interviene colmando lacune in aree che sono di spettanza esclusiva del legislatore[85].

[83] Cfr. le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria.

[84] Il riferimento è alla rilevanza della conoscenza ed alla natura permanente dell'illecito

[85] La previsione di un termine quinquennale di prescrizione, al di là della natura contrattuale o extracontrattuale dell'illecito

CONSENSO INFORMATO, TRATTAMENTO MEDICO E PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO

Di Alberto Urso

***SOMMARIO:** Trattamento medico e consenso informato nella dimensione dell'autonomia privata. – 2. Autodeterminazione personale e consenso informato nel quadro delle fonti interne, comunitarie ed internazionali. – 3. Consenso informato e attività precontrattuali. L'informativa medica nella dimensione della formazione del contratto. – 3.1. (Segue). Recenti prospettive della normativa e della giurisprudenza sugli obblighi informativi precontrattuali. – 4. Trattamento medico e procedimento di formazione del contratto. – 5. (Segue). Autonomia privata procedimentale e suoi limiti in campo medico.*

1. Trattamento medico e consenso informato nella dimensione dell'autonomia privata

La possibilità di una discesa dei valori della persona entro la dimensione dell'autonomia privata desta nelle opinioni degli studiosi una duplice contrapposta reazione, non scevra da condizionamenti di ordine storico-sociale[1]. Affidare alla disposizione negoziale i beni più intimi e del rango più elevato può costituire assieme pericoloso sacrilegio o preziosa opportunità; in una prospettiva, che pure è costante nelle diverse visioni, tutta volta ad assicurare la protezione massima ai beni più sacri[2].

Proprio da tale ultima considerazione è dato cogliere allora la vera essenza della contrapposizione; la quale, a fronte dell'identico indirizzo teleologico, ricade sugli strumenti che meglio possano consentirne il perseguimento. Segnatamente, trattandosi di stabilire se, al fine di procurare la loro più adeguata tutela, gli attributi della persona possano o meno formare oggetto di autonoma disposizione privata, la sostanza del contrasto tocca, come spesso accade, il diverso modo d'intendere, in chiave ideologica e tecnica, il potere di privata autonoma. Nell'ambito di un dibattito il cui pomo della discordia, con le dovute declinazioni e le specifi-

[1] Cfr. in proposito RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 5 ss., ove, muovendo dall'antinomia tra persona e mercato, si pone in risalto il progressivo superamento del dogma tradizionale proprio in ragione del mutamento sociale; cfr. anche VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 44 ss.; più di recente, ID., *Introduzione*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori, delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di Vettori, I, Padova, 2013, 21 ss.

[2] Cfr. in tema NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 133 s., ove si pone in risalto la diversa prospettiva che l'autonomia privata assume nel passaggio dall'"avere" all'"essere". V. anche G. BENEDETTI, *Persona e contratto*, in *Obbl. contr.*, 2012, 567 ss. Per la identificazione dei beni giuridici oggetto di disposizione negoziale personale, cfr. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 403 ss.

cità del caso, è come di consueto costituito dal negozio giuridico e dal significato che esso venga ad assumere nell'ordinamento e nel tessuto sociale in un dato momento storico[3].

Così, al pensiero tradizionale che nega radicalmente la possibilità di disporre in via negoziale dei beni più intimi della persona, e anzitutto del corpo umano, vuoi per l'asserita incompatibilità fra il vincolo giuridico e la libertà personale[4], vuoi per l'esigenza sostanziale di proteggere il soggetto da se stesso[5], si contrappone un più moderno approccio che, superato l'aprioristico dogma della incompatibilità fra persona e negozio, si mostra incline a distinguere le diverse fattispecie e ad interrogarsi sui limiti specifici e le peculiarità tecniche che i negozi - e, in specie, i contratti - aventi ad oggetto i valori della persona inducono[6].

Questo processo evolutivo tendente verso la progressiva attrazione nella dimensione contrattuale dei valori inerenti la persona coinvolge direttamente anche le prestazioni mediche. Non tanto in ordine all'*an* della disponibilità del trattamento, pacificamente ammessa al di fuori degli obblighi di legge[7]; quanto, piuttosto, in relazione all'inquadramento teorico in chiave propriamente contrattuale di tale trattamento, e alle relative conseguenze.

Sebbene non si dubiti del necessario fondamento consensuale del trattamento medico, proprio in ciò dimorando, anzi, la principale esigenza di tutela che per tale trattamento viene a manifestarsi, si tratta di inquadrare il rapporto giuridico vigente fra il paziente, la struttura ospedaliera e il medico in relazione alla prestazione sanitaria considerata nella sua complessità. Ciò che, partecipando alla generale tendenza evolutiva di "contrattualizzazione" dianzi riferita[8], pure conduce a soluzioni che si inscrivono, con le dovute distinzioni e talune resistenze, nell'orizzonte della contrattualità.

E dunque, dapprima nella dimensione della responsabilità, così della struttura come del medico[9], successivamente nella ricostruzione

[3] Per l'inquadramento dell'atto negoziale come fenomeno sociale, ancor prima che giuridico, impossibile evitare il riferimento a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., Napoli, 2002, spec. 44 ss. Per le diverse concezioni classiche del negozio giuridico, oltre all'opera di Betti, v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist., Napoli, 2002, 125; ID., *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 206; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961, IX ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist., Napoli, 2008; ID., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962; FERRERO, *Negozio giuridico. Concetto*, Milano, 1949; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.; ID., *Definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto o di una facoltà o di un potere*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 321; DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950. Sul delicato tema dell'esercizio dell'autonomia negoziale nella dimensione personale, cfr. DI BONA, *I negozi a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2001; P. PERLINGIERI-URCIUOLI, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 2ª ed., Napoli, 2000, 457.

[4] Cfr. PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 657 ss.; CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, IV, 281 ss.; più in generale, per l'inquadramento del problema, SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, 3ª ed., Torino, 2004, 29 ss.

[5] Su cui v. RESTA, *op. cit.*, 7 s.

[6] D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 237 ss.; ID. *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Familia*, 2005, 777 ss.; ID., *Integrità fisica*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano 2000, 717 ss.; RESTA, *op. cit.*, 11 s.; ID. *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*; aperture in tal senso si rinvengono anche in BESSONE-FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193 ss.

[7] Su cui cfr. GLIATTA, *La dignità e la salute del paziente e il trattamento in assenza di consenso*, in *Resp. civ.*, 2010, 11, il quale affronta peraltro il tema della responsabilità del medico per il trattamento sanitario obbligatorio illegittimo o per la mancata prescrizione dello stesso.

[8] Su cui RESTA, *Contratto e persona*, cit., 11. Nella differente prospettiva che affronta il problema della deriva contrattuale, e cioè dell'abuso del riferimento alla fattispecie contrattuale pur al cospetto di manifestazioni della negozialità riconducibili a strutture diverse dal contratto, cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. 2007, spec. 14 ss.

[9] In particolare, il problema della natura della responsabilità si è posto in relazione alla posizione del medico operante nell'ambito di una struttura sanitaria, ipotesi per la quale la giurisprudenza è ormai concorde nell'accedere a una ricostruzione contrattualistica: cfr. la celebre Cass., 22.9.1999, n. 589, in *Danno resp.*, 1999, 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, su cui v. anche DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441; PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, in *Giur. it.*, 2000, 741 ss.; THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 342; GIACALONE, *La responsabilità*

della fattispecie in essere fra il paziente e la struttura[10], l'approdo alla contrattualità segna gli esiti di un percorso ormai compiuto, benché accidentato da qualche intoppo[11]. Mentre ancora da compiere è l'itinerario per la qualificazione del rapporto con il medico non professionista[12], così come il cammino diretto ad individuare la natura e le fonti della responsabilità per violazione degli obblighi d'informazione verso il paziente[13].

del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1007; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001. Per la responsabilità (contrattuale) della struttura ospedaliera, cfr. Cass., 28.8.2009, n. 18805, in *Corr. giur.*, 2010, 199, ove si distingue, cumulandole, la responsabilità della struttura per inadempimento di obbligazioni proprie, quali la messa a disposizione di personale paramedico e adeguate attrezzature, ed, *ex* art. 1228 c.c., la responsabilità per fatto del medico, pur privo di un rapporto di lavoro subordinato con la struttura. In tale ultimo senso, cfr. anche Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824, con nota di M. Gorgoni, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*; nonché in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 849, con nota di Fiori e Marchetti, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*; in *Danno resp.*, 2007, 965, con nota di A. Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità.* In relazione alla responsabilità della struttura sanitaria riconducibile alle prestazioni accessorie a quella principale, cfr. VISINTINI, *Linee di tendenza verso la responsabilità oggettiva dei fornitori di servizi. In particolare la responsabilità delle strutture sanitarie e delle banche*, in *Il diritto dei consumi*, III, a cura di P. Perlingieri e Caterini, Rende, 2007, 311; nonché, per l'intera evoluzione nell'inquadramento della responsabilità della struttura sanitaria, DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, 2007, 129 ss., 253 ss.; AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra* enforcement *del paziente ed oggettivazione della responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2011, 628; ZANA, *Le "basi giuridiche" della responsabilità (civile) medica*, in *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive. Siena, 22-24 settembre 1988*, a cura di Fineschi, Milano, 1989, 47 ss. Sempre in relazione alla responsabilità del medico, sulle novità introdotte ai sensi del recente D.L. 158/12 conv. L. 8.11.2012, n. 189, il cui art. 3, co. 1 esclude la responsabilità penale per colpa lieve quando l'esercente la professione sanitaria, nello svolgimento della propria attività, si attiene a "*linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*", fermi gli obblighi di cui all'art. 2043 c.c., cfr. Cass., 19.2.2013, n. 4030, in *Dir. giust.*, 2013, 20 febbraio, nonché in *Guida dir.*, 2013, 17, 25; in tema cfr. anche CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013, 367 ss. Per le prime applicazioni da parte della giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Varese, 26.11.2012, n. 1406, in *Guida dir.*, 2013, 17, 23, nonché in *dejure*; Trib. Enna, 18.5.2013, n. 252, in *dejure*.

[10] Si tratta del cd. contratto di spedalità, inteso quale contratto atipico dal contenuto complesso la cui prestazione in capo alla struttura ospedaliera consiste non solo nella fornitura di servizi di natura alberghiera, ma altresì nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze. Cfr. Cass., Sez. Un., 11.1.2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 856, con nota di M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, nonché in *Resp. civ.*, 2008, 397, con nota di Calvo, *Diritti del paziente,* onus probandi *e responsabilità della struttura sanitaria*; e già Cass., Sez. Un., 1.7.2002, n. 9556, in *Danno resp.*, 2003, 97, con nota di Batà e Spirito, *Danno morale e responsabilità medica*; nonché in *Giust. civ.*, 2003, I, 2204, con nota di E. Giacobbe, *Sulla responsabilità della casa di cura e sul danno morale risarcibile ai congiunti della vittima*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 698, con nota di Favilli, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto*. In dottrina, cfr. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3; cfr. anche Cass., 28.1.2013, n. 1874, in *dejure*, la quale individua, in caso di donazione di rene, la sussistenza di uno specifico contratto fra il donatore e la struttura, la cui validità è peraltro subordinata alla stipula di un'assicurazione a beneficio del donatore ai sensi dell'art. 5 L. 26.6.1967, n. 458 .

[11] Cfr. ad esempio Cass. (ord.), Sez. Un., 2.4.2009, n. 8093, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1291, con nota di Chindemi, *Il paziente di una struttura sanitaria non è "consumatore" e l'azienda non è "professionista"*; nonché in *Danno resp.*, 2009, 944, con nota di Garatti, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Danno resp.*, 2010, 56, con nota di A.M. Benedetti e Bartolini, *Utente vs. Servizio sanitario: il "no" della Cassazione al foro del consumatore*; ed in *Obbl. contr.*, 2010, con nota di Perfumi, *Disciplina consumeristica e contratto di spedalità*. La decisione, per quel che qui interessa, ricostruisce in chiave contrattuale la responsabilità della struttura ospedaliera prescindendo e non considerando la contrattualità del rapporto con il paziente.

[12] Segnala in proposito CALABRESI, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1984, 53, le difficoltà ad una ricostruzione in termini contrattuali dei rapporti fra medico e paziente, atteso che essa postulerebbe un regime liberistico dei rapporti fra le parti che raramente trova luogo nell'ambito delle prestazioni mediche. In senso inverso, lo stesso A. riferisce le tesi contrattualistiche non a caso coltivate dalla scuola di Chicago nella prospettiva di un'analisi economica del diritto.

[13] Per i riferimento ai termini del dibattito, v. MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno resp.*, 2012, 621 ss.

Anche su quest'ultimo versante, pur con ricostruzioni non sempre del tutto sovrapponibili, le tesi contrattualistiche appaiono comunque segnare un'inarrestabile avanzata; non solo sul piano della responsabilità[14], ma anche nell'inquadramento della natura del rapporto fra medico e paziente[15]; tanto più in un panorama normativo, arricchito dalle fonti di provenienza comunitaria, in cui la posizione del paziente risulta presa in considerazione e fornita di tutela anche rispetto alle prestazioni patrimoniali, ed il diritto alla piena informativa viene esplicitato altresì in relazione a tali aspetti del servizio medico[16].

In questa prospettiva, la ricostruzione in chiave contrattuale del rapporto fra il medico e il paziente, oltre ad esprimere in modo più appropriato l'atteggiarsi di una relazione in tutte le sue fasi di svolgimento, ivi inclusa quella anteriore alla prestazione del trattamento, può consentire di dare precisa veste tecnica a rimedi e tutele, specie nella dimensione fisiologica che precede l'insorgere di una responsabilità per danni[17].

Entro l'orizzonte contrattuale, si pone allora il problema non dell'*an* ma del *quomodo* di un potere di privata autonomia che involga la dimensione personale, in specie rispetto ai trattamenti medici; da un lato per poter esattamente delineare, in chiave teorica, i caratteri di un consenso che sia al contempo negoziale e personale[18]; dall'altro per tracciare i limiti e i vincoli di un siffatto potere siccome direttamente incidente sui beni della persona[19].

Proprio seguendo questa traccia è possibile dunque riflettere sull'istituto del consenso informato, per poterne sperimentare in particolare alcune implicazioni nella dimensione della formazione del contratto; così valorizzando le peculiarità di un consenso negoziale ricadente (anche) sui valori della persona, come indicando e dando veste tecnica ai limiti che l'autonomia privata, nei suoi vari momenti e

[14] Su cui cfr. in particolare CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, V, Milano, 1998, 126, che richiama anche a proposito dell'obbligo informativo la figura dell'obbligazione senza prestazione; mentre M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1014, ricostruisce in chiave contrattuale tale obbligazione per come situata nell'ambito di una già avviata relazione negoziale. Sulla natura contrattuale di tale obbligo cfr. anche la giurisprudenza più recente, fra cui Cass., 29.9.2009, n. 20806, in *Ragiusan*, 2010, 315 s.; Cass., 19.5.2011, n. 11005, *ivi*, 2011, 325 s., 198; Cass., 27.11.2012, n. 20984, in *Dir. giust.*, 2012, 28 novembre, con nota di Basso, *Necessario anche il consenso informato del paziente-medico*, nonché in *Giust. civ. mass.*, 2012, 1337, ed in *Guida dir.*, 2013, 8, 72, nonché in *dejure*.

[15] Cfr. M. GORGONI, *op. loc. ult. cit.*

[16] Cfr. la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria trasfrontaliera, in cui da un lato si afferma il principio della certezza in ordine al diritto ai rimborsi, come incidente sui costi della prestazione medica (cfr. in particolare il considerando n. 27), e in tale prospettiva si richiede una piena informativa a beneficio dei pazienti, anche in relazione alla normativa interna loro applicabile (v. considerando n. 19 e 20, nonché il considerando n. 48), dall'altro ci si preoccupa direttamente della posizione del paziente con riguardo ai predetti costi sostenuti (cfr. in particolare l'art. 7 della Direttiva). Sul tema, in parte analogo, del rimborso delle spese anticipate per l'assistenza ad un disabile, cfr. Cass., 6.8.2010, n. 18378, in *Giust. civ.*, 2011, 680, che riconosce il relativo diritto, con corrispondente obbligo del Comune, anche in nome della Carta di Nizza, segnatamente dell'art. 26 sull'inserimento dei disabili; cfr. in proposito MAURO, *L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione Civile: rassegna giurisprudenziale*, in *Persona e mercato*, 2011, 4, 336 s.

[17] Cfr. in proposito PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2007, *passim*, spec. 1428, 1452 ss., 1459 ss.; proprio con riferimento alla formazione del contratto, cfr. VACCÀ, *La formazione del consenso al trattamento medico*, in *Contr.*, 1997, 339. Per la prospettazione, *de iure condendo*, di un sistema di tutela alternativo a quello privatistico della responsabilità civile ed imperniato sulla riparazione assistenziale di matrice pubblicistica, nonché per l'analisi comparativa dei vari modelli, cfr. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 95 ss.

[18] Ancora PILIA, *op. cit.*, 1463, che ivi critica CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 949 ss., spec. 953 ss., laddove distingue il profilo del consenso al contratto da quello del consenso al trattamento medico.

[19] Cfr. sul punto NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 457 ss., in cui si affrontano le delicate questioni del trattamento del fine-vita attraverso un inquadramento costituzionalmente orientato del consenso informato, fuori da riduzioni soggettivistiche o da prospettive meramente consumeristiche; in tema cfr. già ID., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 269 ss.

manifestazioni, incontra allorquando penetra nella dimensione personale.

2. Autodeterminazione personale e consenso informato nel quadro delle fonti interne, comunitarie ed internazionali.

In relazione a beni così intimi e preziosi come la vita e la salute, la prima essenziale preoccupazione di cui l'ordinamento si fa carico, già in sede costituzionale, è quella di garantire la piena libertà della persona. Dalla trama degli artt. 13 e 32, co. 2, Cost. emerge un preciso ordito che ripone i trattamenti medici entro la sfera del libero volere individuale, consegnandoli all'autodeterminazione del soggetto. In questo contesto, prima ancora che il diritto alla salute (art. 32, co. 1, Cost.), la Costituzione afferma in relazione ai trattamenti medici il diritto dell'autodeterminazione personale, riconducibile entro la categoria dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.[20].

In sede europea, la libertà individuale rispetto alle prestazioni mediche viene affermata chiaramente all'art. 3, par. 2 della Carta di Nizza, la quale come noto, a seguito dell'ingresso in vigore del Trattato di Lisbona, partecipa del medesimo valore giuridico dei Trattati ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE[21].

Anche fra le fonti convenzionali internazionali, il libero consenso quale indefettibile presupposto di un intervento nel campo della salute è affermato all'art. 5, par. 1 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997, Convenzione invero non ancora in vigore nel nostro ordinamento, non essendone stato completato il procedimento di ratifica pur autorizzata con Legge n. 145 del 28.3.2001[22].

Ne risulta un univoco disegno nel quale il consenso al trattamento sanitario, espressione del diritto inviolabile di autodeterminazione della persona, costituisce presupposto per qualsivoglia intervento medico e riceve tutela in sé, a prescindere dagli esiti sulla salute dell'individuo che dal trattamento medico possano derivare[23].

Così, volgendo in chiave tecnica le due affermazioni, si giunge a configurare anzitutto il

[20] In tal senso cfr. la celebre Corte Cost., 23.12.2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328, che indica nell'autodeterminazione da un lato, nella salute dall'altro, i due distinti diritti fondamentali di rango costituzionale che vengono in rilievo in relazione ai trattamenti medici e al consenso informato. Cfr. in tema anche Corte Cost., 22.10.1990, n. 471, su *www.giurcost.org*.; si noti peraltro come il principio di autodeterminazione non possa sfociare in forme di arbitrio incondizionato o nell'affermazione di un "nuovo dogma della volontà", dovendo il volere e la libertà individuale trovare armoniosa conciliazione con i doveri di solidarietà e rispetto della persona umana e della sua dignità, considerando altresì il valore sociale dell'attività medica; ciò su cui proprio l'istituto del *con*-senso informato può offrire risposte adeguate. Cfr. in proposito le ampie riflessioni di NICOLUSSI, *Testamento biologico*, cit., *passim*, spec. 463 ss.

[21] Per un inquadramento generale del percorso compiuto in Europa in ordine all'affermazione dei diritti della persona muovendo dalla CEDU sino a giungere al Trattato di Lisbona, cfr. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Persona e mercato*, 2009. Tra l'altro, proprio una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo, maturata nel caso *Pretty v. the United Kingdom* (ECHR, ric. n. 2346/02, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 2002, 407), consente di ricondurre la protezione del diritto al consenso nelle cure mediche anche alla CEDU, segnatamente all'art. 8; cfr. in tema CASANATO-CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in LENTI-PALERMO FABRIS-ZATTI, *I diritti in medicina*, in RODOTÀ-ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 56. Al diritto al consenso e alla libera scelta nei trattamenti sanitari fa espresso riferimento, agli artt. 4 e 5, anche la cd. Carta europea dei diritti del malato, presentata a Bruxelles il 15 novembre 2002 e facente parte di un'iniziativa volta a stabilire e consentire la divulgazione degli standard comuni per la tutela del paziente nella dimensione europea.

[22] Sulla Convenzione di Oviedo, cfr. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure non confermabile dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 189, il quale pure affronta il tema del mancato completamento del procedimento di ratifica. Nel contesto internazionale, il diritto alla libera autodeterminazione è stato affermato anche in altri e più specifici ambiti, ad esempio dalla Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata con Legge n. 18 del 3 marzo 2009, in cui si afferma (Preambolo, lett. n, nonché art. 3) l'importanza per le persone con disabilità dell'autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte.

[23] V. Cass., 30.3.2011, n. 7237, rinvenibile su *www.altalex.com*; si noti peraltro come il consenso informato concorra col requisito oggettivo di legittimazione del trattamento - ossia il bisogno e l'appropriatezza di esso - senza tuttavia sostituirlo; in tal senso cfr. NICOLUSSI, *Al limite della vita*, cit., 277.

consenso, in positivo, alla stregua di un presupposto di liceità dell'intervento medico direttamente espressivo dell'autodeterminazione individuale, superando le ricostruzioni che, in negativo, rimandavano alla categoria delle scriminanti o dei negozi abdicativi, richiamando ora la figura del consenso dell'avente diritto, ora quella della rinuncia preventiva a far valere le azioni inibitorie o risarcitorie[24].

Allo stesso modo, enucleato il bene protetto, la giurisprudenza vi ha inteso apprestare tutela diretta ed autonoma, ritenendo meritevole di risarcimento la violazione dell'autodeterminazione in presenza di autonomi danni da questa derivanti[25], sebbene rimanga tuttora aperto il dibattito sulla natura e le fonti di una tale responsabilità[26].

In questo contesto, l'informazione a favore del paziente che sia chiamato a manifestare il consenso al trattamento sanitario recita un ruolo essenziale. Affinché un tale consenso possa ritenersi validamente ed efficacemente prestato, esso deve infatti fondarsi su un'adeguata informativa, tale da consentire al paziente di esercitare appieno e in modo consapevole il proprio diritto all'autodeterminazione[27]. Informazione e consenso integrano perciò momenti e predicati distinti del processo di autodeterminazione nei trattamenti medici, costituendo l'una un attributo dell'altro[28]. E così, se il consenso

[24] Cfr. in proposito FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, *passim*, ove si ricostruisce il percorso che ha indotto al progressivo accreditarsi dell'attuale concezione secondo cui il consenso funge da strumento di autodeterminazione dell'individuo, costituendo, in positivo, presupposto per un lecito intervento medico. In giurisprudenza, cfr. la celebre Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2008, 1727, con nota di Simeoli, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; e in *Corr. giur.*, 2007, 1686, con nota di Calò, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1103, con nota di Gennari, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; cfr. anche Cass. Pen., 16.1.2008, n. 11335, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2008, 548, e in *Ragiusan*, 293 s., 175.

[25] Cass., 9.2.2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, 1201, con nota di Di Majo, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; Cass., 28.7.2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, 621, con nota di Montani, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, cit., la quale sottolinea la necessità che la responsabilità per violazione del diritto all'autodeterminazione, senza sfuggire agli statuti generali della responsabilità civile, consenta il risarcimento di un danno-conseguenza, giammai di un aprioristico danno-evento; sul diritto al risarcimento del danno per mancata o inadeguata informazione, cfr. anche le recenti Cass., 31.7.2013, n. 18334, in *Dir. giust.*, 2013, 2 agosto; Cass., 16.5.2013, n. 11950, in *Giust. civ. mass.*, 2013, ove si afferma chiaramente che "*la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in se stesso, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute*"; v. anche Cass., 27.11.2012, n. 20984, cit.; Trib. Monza, 11.6.2013, n. 1610, in *dejure*. Cfr. in tema anche PIRRO, *Sulla mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico*, in *Obbl. contr.*, 2010, 10; nonché BALBUSSO, *Difetto di informazione o consenso: problemi di autodeterminazione al trattamento medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 10. V. anche DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 4. Nell'ambito della problematica inerente la cd. nascita indesiderata ed il risarcimento a favore del concepito, una volta venuto ad esistenza, per le malformazioni subite, cfr. Cass., 2.10.2012, n. 16754, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 334, e in *Giust. civ.*, 2013, 640.

[26] Ricostruita da taluno in termini precontrattuali, da altri in chiave contrattuale, evocando uno specifico obbligo protezione tutelato in sé, a prescindere da una lesione alla salute, infine da alcuno ritenendo sussistente un rapporto negoziale in conseguenza della compiuta diagnosi, ciò che pure renderebbe la responsabilità di natura contrattuale. Per la disamina delle varie posizioni, MONTANI, *op. loc. ult. cit.*

[27] Per gli altri requisiti del consenso, che deve essere personale, libero, attuale, specifico ed espresso, revocabile, cfr. FERRANDO, *Consenso e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 37 ss., spec. 63 ss. Sulla necessità che il consenso sia prestato in relazione a ciascun singolo e specifico trattamento eseguito, cfr. la recente Cass., 4.6.2013, n. 14024, in *Dir. giust.*, 2013, 4 giugno; v. anche Cass., 19.2.2013, n. 4030, cit., in cui si pone in risalto come l'erronea diagnosi di una patologia vada ad elidere il consenso prestato dal paziente all'intervento chirurgico reputato necessario dai medici in conseguenza della patologia ritenuta sussitente.

[28] Cfr. in proposito PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. impr.*, 2006, 589, la quale richiama l'evoluzione normativa registrata in ordinamenti particolarmente sensibili al problema, quale l'ordinamento statunitense, in cui il consenso al trattamento medico è richiesto dal 1914, mentre solo nel 1957 tale consenso diviene "*informed*".

costituisce indefettibile presupposto del trattamento medico, l'informazione risulta a sua volta funzionale alla maturazione di un consenso pieno e consapevole, fungendo perciò essa stessa da requisito, pur mediato, dell'intervento sanitario[29]. Di qui la individuazione dell'unitaria figura del consenso informato, inteso quale manifestazione da parte del paziente di una volontà consapevole in quanto fondata sulle informazioni ricevute in funzione del trattamento medico[30].

La nozione ed il significato di consenso informato nascono verso la metà degli anni '50 negli Stati Uniti, in un contesto e clima culturale in cui, già da tempo affermato il diritto all'autodeterminazione individuale in campo sanitario, il cd. *informed consent* diviene lo strumento ordinario per garantire l'effettivo e adeguato esercizio di tale diritto[31].

In Europa l'affermazione del principio, rispecchiando la funzionalità all'autodeterminazione, si ha nella stessa sede in cui viene consacrato il principio del libero consenso: il ricordato art. 3, par. 2 della Carta di Nizza indica la necessità che nell'ambito della medicina e della biologia siano rispettati "*il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge*"[32]. Ciò che pure avviene, fra le fonti internazionali, nella Convenzione di Oviedo (art. 5, par. 1), salva la esplicitazione del contenuto e dei caratteri dell'informazione, che deve essere "*adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi*" (art. 5, par. 2)[33].

Oltre che fra le fonti europee e internazionali, il consenso informato assume primario spicco anche tra le fonti domestiche: sia quelle propriamente legislative[34], sia quelle deontologiche e di autoregolamentazione [35].

[29] FRANZONI, *op. cit.*, 2.

[30] Cfr. NICOLUSSI, *Autonomia privata*, cit., 142, ove, superate le ricostruzioni che evocano il consenso dell'avente diritto o l'adempimento di un dovere nella prestazione dell'attività medica, il consenso informato viene definito come requisito soggettivo, insieme con l'appropriatezza oggettiva, dell'obbligo di protezione gravante in capo al medico.

[31] Il primo caso in cui viene affermato il cd. *informed consent* è il celebre *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317, P. 2d, 170 (1957), mentre il diritto all'integrità personale si trova riconosciuto già in *Mohr v. Williams* del 1905, seguito da *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), ove si registra una chiara enunciazione del diritto di autodeterminazione del paziente. Cfr. in tema A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato: questioni di principio e regole specifiche*, in *Il consenso informato, tra giustificazione per il medico e diritto per il paziente*, a cura di A. Santosuosso, Milano, 1996, 6. Per il ruolo che il consenso informato ha assunto negli Stati Uniti in relazione ai nuovi temi della bioetica e per la diversa impostazione europea, raccolta intorno alla centralità dei diritti inviolabili dell'uomo, cfr. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, cit., 46 ss.

[32] Cfr. in tema ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Fam. dir.*, 2011, 85 ss. Anche nel contesto del ricordato progetto per una cd. Carta dei diritti del malato presentata il 15 novembre 2002, il diritto all'informazione viene affermato in intima connessione con quello all'autodeterminazione (artt. 4 e 5). Il pieno e libero accesso all'informazione è peraltro richiamato anche singolarmente, in relazione allo stato di salute della persona, ai servizi sanitari disponibili e al loro accesso (art. 3).

[33] Vale menzionare nel contesto delle fonti internazionali, sia pur con le sue peculiarità, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con L. n. 176 del 20.11.1989, la quale prevede all'art. 24, funzionalmente all'attuazione integrale del diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione, l'adozione da parte degli Stati di provvedimenti volti a fare in modo che tutti i gruppi della società, in particolare i genitori e i minori, ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore.

[34] Cfr., in particolare, l'art. 33 L. 833/78 sugli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori; gli artt. 12 e 13 L. 194/78 sull'interruzione volontaria di gravidanza; l'art. 6 L. 40/04 sulla procreazione medicalmente assistita; l'art. 3 D. Lgs. 211/03 sulla sperimentazione clinica di medicinali; l'art. 3 L. 219/05 in punto di attività trasfusionali e di produzione di emoderivati; l'art. 5 L. 135/90 in tema di accertamento delle infezioni HIV; cfr. anche l'art. 120 D.P.R. 309/90 in materia di interventi preventivi, curativi e riabilitativi dello stato di tossicodipendenza.

[35] Cfr. l'art. 33 del codice di deontologia medica del 16.12.2006, attualmente in vigore, secondo cui "*il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate./ Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche./ Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta./ Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di preven-*

Ne risulta un quadro composito univocamente indirizzato alla designazione del consenso informato quale presupposto dell'intervento sanitario. In una prospettiva, tutta orientata ad assicurare la piena consapevolezza del paziente, che trova giustificazione non solo nella finalità di protezione diretta del paziente stesso, ma altresì nella funzione di ripartizione del rischio fra il malato ed il medico che lo abbia in cura[36]. Di qui il rifluire del consenso informato in una sorta di "alleanza terapeutica" fra il paziente ed il medico, la quale segna e colorisce l'intero svolgersi del rapporto clinico, in tutte le fasi in cui questo si sviluppa[37]. Rapporto che, filtrato attraverso le lenti della contrattualità[38], consente di attribuire una precisa collocazione e dimensione tecnica alle informazioni, anzitutto nella fase di genesi del vincolo contrattuale, permettendo di enuclearne altresì l'incidenza sull'intera vicenda contrattuale.

3. Consenso informato e attività precontrattuali. L'informativa medica nella dimensione della formazione del contratto.

Accogliendo e valorizzando una concezione contrattuale del rapporto che si svolge fra il paziente e il medico in relazione alle prestazioni sanitarie oggetto del trattamento, anche la figura del consenso informato riesce vivificata e riceve un più preciso ed efficace inquadramento. In questo contesto, se pure non può sovrapporsi in alcun modo il consenso al trattamento medico con il consenso negoziale vero e proprio[39], neppure può operarsi una netta cesura fra l'uno e l'altro[40], partecipando invero la libera determinazione del malato di sottrarsi o sottoporsi (e in quale modo) al trattamento alla più ampia e complessiva decisione contrattuale del paziente-contraente[41]. Allo stesso modo la prospettiva contrattuale, permeando la relazione fra il paziente ed il medico nei suoi vari momenti, tocca il consenso al trattamento sanitario e ne segna gli intrecci con le vicende del rapporto contrattuale in tutte le fasi del relativo svolgimento.

Così, per quanto ha tratto alla fase della genesi del rapporto, che qui maggiormente interessa, le attività necessarie alla integrazione del consenso informato ben possono essere osservate attraverso il prisma della contrattualità; che ben conosce, invero, il tema delle informazioni precontrattuali, per il quale si impone tuttavia un'adeguata modulazione e declinazione nel contesto particolare dei trattamenti medici, che pur collocati in un orizzonte contrattuale non perdono invero i loro tratti specifici e le loro peculiarità.

3.1. (*Segue*). Recenti prospettive della normativa e della giurisprudenza sugli obblighi informativi precontrattuali.

Il tema degli obblighi informativi precontrattuali e del loro ruolo sulla formazione del contratto, nonché dell'impatto sulla fattispecie, costituisce argomento trasversale che permea l'intero diritto dei contratti, e da qualche tempo riscontra il sempre maggiore interesse degli studiosi, della giurisprudenza, e della stessa legislazione. Si tratta di tema assai vario e problematico, che meriterebbe ben altro spazio; già la sola ricognizione e sistemazione delle fonti che lo evocano ha impegnato e tuttora impegna gli sforzi della dottrina[42]. Di esso può dunque darsi qui conto solo per ciò che può direttamente aver impatto ai fini della considerazione del

zione". V. anche l'art. 35 del medesimo codice in relazione all'acquisizione del consenso.

[36] Cfr. PINNA, *op. cit.*, 590 s.

[37] In tal senso si esprime la giurisprudenza: cfr. Cass., 9.2.2010, n. 2847, cit. e i rilievi proprio a tal proposito sollevati da DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, cit; e già Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit.; v. anche NICOLUSSI, *Testamento biologico*, cit., 464 ss., in cui si pone in risalto che il consenso informato, lungi dal costituire strumento per l'affermazione di un nuovo dogma della volontà in campo sanitario, rappresenta la modalità per un coinvolgimento del paziente rafforzando la relazionalità con il medico.

[38] Su cui *retro*, al § 1.

[39] Cioè con l'accordo delle parti, di cui all'art. 1325, n. 1, c.c. e, con diverso significato, riferito alle attività propriamente procedimentali proiettate alla genesi del vincolo, alla Sez. I, Capo II, Tit. II, L. IV, c.c.

[40] Su cui invece v. CATTANEO, *op. cit.*, 593 ss.

[41] Cfr. PILIA, *op. cit.*, 1463 s.; nonché FERRANDO, *Consenso informato del paziente*, cit., 50 ss.

[42] Cfr. in tema DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. I. La tutela del consumatore*, Milano, 2008, 1 ss.

consenso informato nella prospettiva (pre)contrattuale[43].

La recente normativa, specie quella di impronta europea, ha introdotto una vasta serie di obblighi d'informazione in favore del cd. "contraente debole" forieri di conseguenze diverse e di altrettanti rimedi per le ipotesi di loro violazione[44]. Si tratta di interventi che si inscrivono

[43] Le questioni che il tema pone sono varie e molte di esse non nuove; la trattazione dei problemi ha tuttavia subito una significativa accelerazione e variazione di prospettiva per effetto della normativa di derivazione comunitaria. Cfr. sul punto ALESSI, Consensus ad idem *e responsabilità contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 117 ss.; RICCIUTO, *La responsabilità precontrattuale nella prospettiva dei Principles of European contract law*, *ivi*, 134 ss.; GRISI, *Gli obblighi di informazione*, *ivi*, 144 ss.; D'AMICO, *Buona fede* in contrahendo, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 335 ss.; ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, *ivi*, 2004, 747 ss.; NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; ID., *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, in *Il diritto dei consumi*, cura di P. Perlingieri e Caterini, cit., I, 251 ss.; MICHA. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase di formazione del consenso*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1203 ss.; CRESCIMANNO, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra Code de la consommation e Code civil*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 483 ss.; v. anche VAN ERP, *The Pre-contractual Stage*, in *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., The Hague-London-Boston, 1998, 201 ss.; e altresì COSTANZA, *Buona fede precontrattuale. I doveri di avviso e obblighi specifici di informazione: il commercio di opere d'arte*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 219 ss.; DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705 ss.; in generale, GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990. Più di recente, nella diversa prospettiva di porre in risalto la funzione dell'informazione come bene e di considerarne gli aspetti applicativi, specie nel contesto delle pratiche commerciali scorrette, ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2013.

[44] E così, in chiave generale, l'intero Tit. II, Parte II, c. cons. è dedicato proprio alla disciplina dell'informazione ai consumatori. Parallelamente, il successivo Tit. III è rivolto fra l'altro alla pubblicità e altre comunicazioni commerciali. Quanto alle singole fattispecie particolari, in tema di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 47 c. cons. (e già il d. lgs. 50/92) prescrive l'obbligo di informazione sul diritto di recesso del consumatore; identica previsione si ha per i contratti a distanza (art. 52, co. 1, lett. f, c. cons. e già d. lgs. 185/99). Per entrambe le ipotesi l'art. 65, co. 3, c. cons. prevede, in caso di inadempimento a tale obbligo, l'estensione del termine per l'esercizio del recesso. Ancora, in tema di multiproprietà, l'art. 71 c. cons. pone l'obbligo in capo al professionista di fornire numerose informazioni precontrattuali. Il successivo contratto deve ricomprendere tali dati (art. 72, co. 4, c. cons.) e, in caso contrario, il diritto di recesso del consumatore avrà termine di tre mesi anziché di dieci giorni dalla conclusione del contratto (art. 73, co. 4, c. cons.). In ambito creditizio, l'art. 116 T.U.B. stabilisce gli obblighi pubblicitari a carico delle banche, specie in ordine ai tassi d'interesse, prezzi, spese di comunicazione e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti. La successiva disposizione di cui all'art. 117, co. 6, dispone che "*sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali* (…) *che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati*". Per siffatte ipotesi è la stessa legge (art. 117, co. 7, T.U.B.) a prevedere un meccanismo sostitutivo delle clausole nulle. Ancora, in tema di vendita di beni di consumo, il cd. "obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita" (art. 129 c. cons. e già d. lgs. 24/02, introduttivo degli artt. 1519 *bis* - 1519 *nonies* c.c.) è misurato anche in relazione "*alla descrizione fatta dal venditore*", alle "*qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello*", alle "*dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura*" (art. 129, co. 2, lett. b e c, c. cons.). In tema di commercio elettronico, la cui disciplina particolare è fatta salva dall'art. 68 c. cons. e si aggiunge dunque agli strumenti di tutela generali ivi previsti, il D. Lgs. 70/03 prevede varie tipologie di obblighi informativi. E così, anzitutto, "*le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante, devono contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa*" diretta a porre in evidenza varie circostanze, tra le quali "*che si tratta di comunicazione commerciale*" e "*la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale*" (art. 8). Parallelamente "*il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del servizio*" una serie di informazioni, tra le quali "*le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto*", "*il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso*", nonché "*i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore*" (art. 12). Si noti anche l'obbligo, pur non qualificabile come precontrattuale perché relativo ad un momento successivo alla intervenuta conclusione del contratto, di cui all'art. 13, in forza del quale "*salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali applicabili al contrat-*

nella generalizzata prospettiva di protezione del cd. consenso interno[45]; solo in taluni casi le loro dinamiche influenzano gli aspetti della formazione del contratto, e addirittura la modellazione del rapporto contrattuale[46].

Disposizioni di tal fatta si rinvengono anche nei più rilevanti progetti per una codificazione civile europea, e in specie nel Draft Common Frame of Reference. In particolare, l'intera Sez. I, Cap. III, L. II è dedicata agli "*information duties*", e pone a carico della parte - specie di quella imprenditrice - un'articolata serie di obblighi informativi precontrattuali e di *disclosure*. A questi si affiancano i doveri generali e imperativi (art. II 9:401) di trasparenza dei termini "*non individually negotiated*" (art. II 9:402 ss.); doveri il cui mancato rispetto induce *unfairness* della clausola, perciò non vincolante per la parte che l'abbia subita (art. II 9:409). La violazione degli obblighi informativi previsti dalla ricordata Sez. I del Cap. III determina invece varie responsabilità della parte reticente, sia stato o no stipulato un contratto [cfr. art. II 3:107 (2), "*whether or not a contract is concluded*"][47].

Allo stesso modo, gli obblighi di informazione in sede precontrattuale sono stati ampiamente valorizzati alla più recente giurisprudenza che, accolta la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, afferma la sopravvivenza della responsabilità precontrattuale alla valida stipulazione di un contratto e schiude la possibilità di ammettere il rimedio risarcitorio per la violazione degli obblighi informati-

to, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili". L'art. 21 si limita tuttavia a punire con una sanzione amministrativa pecuniaria la violazione degli obblighi informativi. Anche nella più recente proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, COM (2011) 635, del giorno 11.10.2011, il tema degli obblighi informativi precontrattuali è ampiamente disciplinato agli artt. 13-28, sia pur in una prospettiva prevalentemente risarcitoria (cfr. art. 29). Ancora maggiore spazio a tali obblighi è assegnato dalla recente Direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori n. 2011/83/UE, la quale prevede che le informazioni formano parte integrante del contratto senza che al relativo contenuto possa apportarsi modifica se non per accordo delle parti (art. 6, par. 5). Allo stesso modo, la violazione degli obblighi informativi da parte del professionista induce esonero del consumatore da spese aggiuntive o costi (art. 6, par. 6), nonché da prestazioni corrispettive (art. 27); cfr. in tema VETTORI, *Introduzione*, cit., 19 s.; nonché PILIA, *La Direttiva 2011/83/Ue sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e responsabilità*, cit., 863 ss. In generale, per il percorso normativo di tali fonti di provenienza europea, cfr. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, 2012, 611 ss.; CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di Regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 837; MELI, *Proposta di Regolamento - Diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 183.

[45] Per la distinzione fra consenso interno e consenso esterno, cfr. G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, a cura di Castronovo - Mazzamuto, Milano, 2007, 347 s., ove si distinguono le attività esteriori inducenti la genesi del vincolo nel contesto del procedimento di formazione del contratto (cd. "consenso esterno") dal moto volitivo interiore di ciascuno dei contraenti (cd. "consenso interno").

[46] In via esemplificativa, vale ricordare la funzione delle informazioni nell'ambito dei contratti bancari, per i quali si impone da un lato un obbligo di pubblicità su tassi di interesse, prezzi, spese di comunicazione e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti (art. 116, co. 1, T.U.B.), e si stabilisce d'altro canto che "*sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali* (…) *che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati*" (art. 117, co. 6, T.U.B.); in tal caso opererà un meccanismo sostitutivo delle clausole nulle fissato dalla legge (art. 117, co. 7, T.U.B.). Vale ricordare ancora la disciplina della vendita di beni di consumo, ove "*l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto*" (art. 129, co. 1, c. cons.) si costruisce intorno ad una nozione di conformità che tiene conto, tra l'altro, della "*descrizione fatta dal venditore*", "*delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura*", e che impone il possesso delle qualità del bene "*che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello*" (art. 129, co. 2, lett. b e c c. cons.). Cfr. anche artt. 36-38 cod. tur., fra cui l'art. 38, co. 2, il quale prevede che "*le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e l'intermediario in relazione alle rispettive responsabilità*"; in tema cfr. già gli artt. 87 e 88 cod. cons. (e già il D. Lgs. 111/95).

[47] Si noti inoltre come la violazione degli obblighi informativi precontrattuali possa indurre secondo il DCFR addirittura l'estensione delle obbligazioni dell'imprenditore a quanto, in difetto di informativa, l'altra parte poteva ragionevolmente attendersi a fronte della carenza od inesattezza delle informazioni offerte [art. II 3:107 (3)]. Cfr. in tema ALESSI, *op. cit.*, 121.

vi che pure non abbiano inciso sulla venuta ad esistenza del vincolo fra le parti[48].

La copiosa normativa di matrice e europea e la giurisprudenza più attenta consacrano dunque il dovere d'informazione precontrattuale alla stregua di un preciso obbligo in capo ai contraenti, e particolarmente a carico della parte munita di una posizione di vantaggio, anzitutto sul piano informativo. Il fondamento di tale obbligo riposa nella necessità di protezione del contraente debole e, avendo esso quale referente funzionale primario il consenso interno di tale contraente, riceve un trattamento e si collega ad un apparato rimediale che, salve alcune ipotesi specifiche, attinge agli statuti della responsabilità o produce una qualche conseguenza sui contenuti del rapporto fra le parti.

Per converso, le conseguenze dirette sul piano della formazione del contratto - e, dunque, nella dimensione del cd. consenso esterno - rinvenibili fra le maglie di tali statuti disciplinari sono assai più ristrette, sicché gli obblighi informativi e la loro violazione, salve alcune ipotesi particolari, non incidono in alcun modo sulla genesi del vincolo contrattuale[49].

Rispetto al quadro sin qui delineato, parzialmente diversa è la prospettiva che il consenso informato in ambito sanitario impone, pur a volersi accogliere una ricostruzione in chiave contrattuale del trattamento medico; e ciò proprio seguendo l'impostazione metodologica già indicata secondo la quale la configurazione negoziale del rapporto non determina l'eclissarsi del fenomeno medico in sé, né le specificità che a questo derivano dall'interessare direttamente beni della persona, quali l'autodeterminazione individuale e la salute. Di qui la necessità di valorizzare, pur nell'orizzonte negoziale, le particolarità di un fenomeno riconducibile sì alla contrattualità, ma segnato da indelebili tinte personalistiche.

Entro tale contesto, dunque, senz'altro la prospettiva rimediale attingibile dalla tutela del contraente debole o riconducibile alla responsabilità precontrattuale potrà essere invocata anche in campo sanitario - ciò che in effetti costituisce conseguenza della ricostruzione in termini contrattuali della relazione fra il paziente ed il medico. Ma, di più, tenuto conto del significato particolare che il consenso informato

[48] Cfr. la nota Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105, con nota di Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; e in *Danno resp.*, 2006, 25, con nota di Roppo e Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: i punti fermi dalla Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Resp. civ.*, 2006, 4, 295, con nota di Franzoni, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*; in *Contr.*, 2006, 446, con nota di Poliani, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Giur. comm.*, 2006, II, 626, con nota di Salodini, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *Corr. giur.*, 2006, 669, con nota di Genovesi, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*; in *Giur. it.*, 2006, 1599, con nota di Sicchiero, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; e in *Impresa*, 2006, 1143, con nota di Facchin, *Comportamento scorretto dell'intermediario e tutela dell'investitore*; sulla sentenza cfr. anche MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di efficacia*, in *Contr. impr.*, 2006, 944; GRECO, *Difetto di accordo e nullità nell'intermediazione finanziaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1087. Cfr., più di recente, le note Cass., Sez. Un., 19.12.2007, n. 26275 e n. 26274, in *Giur. it.*, 2008, 347, con nota di Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*; e in *Contr.*, 2008, 221, con nota di Sangiovanni; cfr. in tema VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; nonché ID., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 774 s.; più di recente, ID., *Introduzione*, cit., 9 s.; anteriormente agli interventi della Suprema Corte, v. ID., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss.; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss. La distinzione tra le regole sull'atto e sulle sue vicende, e quelle di comportamento idonee esclusivamente a indurre una responsabilità delle parti si rinviene già, proprio con riferimento al fenomeno formativo del contratto, in RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 17 ss., il quale contrappone le regole volte alla produzione dell'effetto, e dunque tese alla genesi del vincolo, a quelle che si limitano a porre, in sede precontrattuale, obblighi e diritti in capo alle parti, pur non idonei ad interferire con il fenomeno formativo vero e proprio.

[49] In particolare, accedendo a quelle ricostruzioni secondo cui il diritto di recesso nella dimensione consumeristica incide sul procedimento di formazione del contratto, anche le conseguenze della violazione dei relativi obblighi informativi, incidenti in specie sul termine iniziale del periodo entro cui il recesso può essere esercitato, toccheranno la vera e propria formazione del contratto. In tal senso cfr. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, spec. 491 ss.

assume nel rapporto (pur contrattuale) avente ad oggetto le prestazioni sanitarie, le prospettive di tutela e lo stesso trattamento giuridico non possono essere limitati all'apparato rimediale sin qui indicato, dovendo piuttosto investire lo stesso fenomeno della formazione del contratto nella prospettiva che più gli è propria, e cioè in relazione all'effetto genetico del vincolo negoziale; ciò che ancora una volta è possibile accogliendo una visione contrattuale del rapporto fra le parti.

4. Trattamento medico e procedimento di formazione del contratto.

La specifica rilevanza che l'informativa e la conseguente acquisizione di un consenso consapevole assumono nell'ambito dei trattamenti medici inducono a chiedersi se, oltre l'orizzonte della responsabilità, non sia possibile enucleare dei precisi elementi che investono e connotano la tecnica procedimentale di formazione del contratto avente ad oggetto le prestazioni sanitarie.

In questo senso viene anzitutto evocata la figura del recesso sempre esperibile dal paziente, la quale ha un impatto diretto sulla tecnica per la venuta ad esistenza del vincolo, trasformata in una sorta di procedimento aperto fino all'esecuzione della prestazione medica[50]. E se tale ricostruzione non dipende direttamente dagli aspetti propriamente informativi, trovando il suo formante nel recesso in sé - e peraltro essa non costituisce neanche appannaggio esclusivo del trattamento medico, essendo utilizzata anche per gli altri statuti disciplinari che contemplano un diritto di recesso a tutela del contraente debole[51] - neppure è del tutto avulsa dallo stesso momento informativo. Il quale, dovendo permeare tutte le fasi del rapporto, assume un portato dinamico ed investe anche l'evoluzione del trattamento e il decorso della malattia, costituendo perciò presupposto indefettibile dello stesso recesso del paziente, e dunque incidendo sul procedimento di formazione del contratto[52].

Lo stesso si ha, ancor più a monte e volendo andar oltre al recesso - che pone comunque in capo al paziente un onere di attivarsi - per la manifestazione del consenso del paziente, costituendo peraltro lo stesso recesso, nella visione procedimentalistica, manifestazione negativa di siffatto consenso produttiva di effetti procedimentali.

Come si è sin qui avuto modo di porre in risalto, la particolarità del consenso espresso dal paziente in campo medico è rappresentata dal fatto che esso deve necessariamente presentarsi quale consenso informato. Di guisa che, in caso di assente o difettosa informazione, il consenso stesso risulterà non validamente prestato e lo stesso contratto, fondato su un consenso negoziale che include anche il consenso (informato) al trattamento, non potrà dirsi regolarmente formato o mantenuto[53].

Ecco che gli obblighi informativi gravanti in capo al medico, fungendo da presupposto per la valida manifestazione del consenso al trattamento - consenso che a sua volta partecipa, nell'indicata prospettiva contrattuale, a quello negoziale vero e proprio, e dunque all'accordo delle parti - possono giungere ad incidere sul procedimento di formazione del contratto e sulla stessa venuta ad esistenza del vincolo[54]. In questo senso, solo a seguito di adeguata informativa a beneficio del paziente la manifestazione di volontà da questi espressa potrebbe validamente collocarsi nella sequenza proiettata alla venuta ad esistenza del contratto.

Allo stesso modo, seguendo la traiettoria che si è indicata, entrerebbero a far parte del procedimento di formazione del contratto tutti quegli atti e fatti previsti, anche in sede di autoregolamentazione clinico-ospedaliera, per l'acquisizione del consenso informato del paziente, ferma in ogni caso la necessità che l'informazione sia fornita in modo effettivo e

[50] PILIA, *La tutela contrattuale della personalità*, cit., 1459.

[51] Lo stesso PILIA, *Accordo debole*, cit., *passim* sviluppa la ricostruzione nel più ampio e generale contesto del diritto dei consumatori nelle sue diverse articolazioni.

[52] Cfr. in proposito, quale parallelismo, l'art. 65, co. 3, c. cons., che prevede esplicitamente, in caso di inadempimento all'obbligo di informare il consumatore sul diritto di recesso, l'estensione del termine per l'esercizio del recesso stesso; nonché l'art. 10 della più recente Direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori.

[53] In questo secondo caso, laddove il difetto informativo abbia pregiudicato l'esercizio del recesso.

[54] Ancora PILIA, *La tutela contrattuale*, cit., 1464.

prescindendo da passaggi esclusivamente formali[55].

E così, accogliendo un'impostazione contrattuale segnata dalla compenetrazione fra autodeterminazione personale e accordo negoziale, il presupposto del trattamento medico consistente nel consenso informato può essere osservato e considerato nella dimensione del procedimento di formazione del contratto, con conseguente soluzione di tutte le relative problematiche direttamente nella prospettiva della genesi del vincolo negoziale.

Il che, se da un lato fornisce risposta adeguata alle esigenze di protezione cui proprio il principio del consenso informato aspira, dall'altro conferma ancora una volta, in chiave teorica, la duttilità dello strumento concettuale del procedimento, capace di unire alla rigorosa ricostruzione del fenomeno di formazione del contratto le più efficaci prospettive di tutela preventiva[56].

5. (*Segue*). Autonomia privata procedimentale e suoi limiti in campo medico.

Il riferimento allo strumento procedimentale consente di esplorare il fenomeno della formazione del contratto per il trattamento medico, ed ivi di ricercare rimedi e tutele, anche in altre direzioni; segnatamente nel vasto orizzonte dell'autonomia privata, in relazione alla quale tutte le analisi e le ricostruzioni impongono un'ineludibile indagine sui limiti[57].

Seguendo questa direzione, ci si può interrogare su quali siano gli spazi per un'autonomia privata procedimentale che voglia incidere sul procedimento di formazione del contratto avente ad oggetto il trattamento medico, e quali gli strumenti tecnici per delineare e rendere effettivi tali spazi.

Di autonomia procedimentale si parla, da più parti[58], per enucleare e definire la possibilità per i privati di plasmare tecniche o varianti procedimentali atipiche per la formazione del contratto; il tutto in una dimensione propriamente negoziale, utilizzando cioè i percorsi e gli strumenti consueti della negozialità, primo fra tutti l'atto negoziale quale fattispecie impiegata dalle parti per designare e modellare il procedimento formativo di contratti a venire. Lo strumento a tal proposito evocato è quello, utilizzato anche in altri e diversi contesti, del negozio di configurazione[59].

Ebbene, un esercizio del potere di privata autonomia procedimentale in campo medico

[55] Cfr. in proposito l'art. 35 del codice di deontologia medica, cit.; in tema, v. GLIATTA, *Il consenso informato in ambito medico-chirurgico tra diritto alla salute e alla autodeterminazione*, in *Resp. civ.*, 2010, 6, spec. al § 4; nonché PIRRO, *op. loc. cit.*; v. anche Cass., 27.11.2012, n. 20984, cit., ove si precisa che il consenso del paziente non può mai essere tacito o presunto, ma deve essere fornito espressamente, dopo aver ricevuto un'adeguata informazione.

[56] Per l'idea e la elaborazione dottrinale sul procedimento, applicata al fenomeno della formazione del contratto, non può che farsi riferimento a G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., *passim*; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 310 ss.; cfr. anche SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961; DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986; più di recente, RIZZI, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008.

[57] Cfr. in tale prospettiva, G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, VIII, Torino, 2007, 15 ss.

[58] Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 322 ss.; per una ricostruzione del tema, sia consentito rinviare a URSO, *Autonomia privata e procedimento di formazione del contratto*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato – XII° Colloquio nazionale, Padova, 23-24 gennaio 2009*, Padova, 2010, 265 ss.

[59] Rientrano nell'ambito della categoria i negozi preparatori, normativi, preliminari; Cfr. SALV. ROMANO, *op. cit.*, 80 ss., spec. 82, ove, concentrando l'attenzione sulla figura del negozio normativo, la si riferisce espressamente al momento formativo del contratto, il cui "*tessuto connettivo* (…) *è, molto frequentemente, rappresentato da atti o negozi normativi, regolatori del procedimento stesso per un qualche aspetto di questo*"; in relazione al cd. negozio preparatorio, cfr. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2ª ed., Milano, 1991, 255 ss., e altresì PEREGO, *I vincoli preliminari al contratto*, Milano, 1974, 15 ss., 39 ss.; anche PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, 108 ss. si riferisce alla categoria del negozio di configurazione; nel medesimo senso A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 425 ss. V. inoltre, anche in prospettiva storica, L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., 1155 ss.

non potrebbe che avvenire in armonia con le regole e i principi sinora esaminati in materia di consenso informato[60].

Il che conduce ad individuare sin da subito due precisi limiti che i privati incontrerebbero nel modellare tecniche o varianti procedimentali atipiche per la formazione del contratto nel campo dei trattamenti sanitari: da un lato non potrebbe in alcun modo comprimersi il diritto di recesso del paziente; dall'altro qualsivoglia tecnica o variante innominata dovrebbe pur sempre assicurare la piena informativa e la libera manifestazione del consenso al malato, consentendogli di esprimere la propria volontà rispetto alla prestazione medica secondo modalità adeguate e solo subordinatamente all'acquisizione di tutte le necessarie informazioni[61].

In questa prospettiva, il potere di autonomia privata, proprio affinché venga assicurata la piena tutela delle parti - in questo caso rispetto a beni di natura personale - non può trasmodare in arbitrio, ma soggiace a regole e limiti. I quali, ancora una volta, possono essere individuati e perimetrati valorizzando la connotazione negoziale del potere privato di configurazione procedimentale, e cioè esaltando lo strumento negoziale, questa volta nella sua dimensione funzionale.

Oltre e al di là dei limiti intrinseci che l'autonomia procedimentale reca in sé, e che consistono nella necessità di individuare regole procedimentali certe, precise e rispettose del principio di conformità di cui all'art. 1326, co. 5, c.c.[62], quelli che qui più rilevano sono i limiti estrinseci, imposti da altre regole e principi di legge, con i quali il potere privato è chiamato a confrontarsi nel tradizionale riparto di competenze tra autorità e libertà.

E così, nel caso dei trattamenti medici, tecniche o varianti procedimentali atipiche che volessero indurre la formazione del contratto mortificando il consenso informato del paziente o prescindendovi dovrebbero senz'altro essere considerate contrarie alla legge; con necessaria invalidità per illiceità, a monte, del negozio configurativo che abbia voluto fissare siffatte modalità per la venuta ad esistenza dei futuri contratti.

Analogamente, essendo contraria alla legge la compressione od eliminazione del diritto di recedere dal trattamento sanitario, illecito ed invalido sarebbe un negozio procedimentale che volesse invece disporre in tal senso.

Ecco che, come di consueto, la storia dell'autonomia privata si presenta come una storia di potere e limiti assieme; ciò che, nel consueto riparto di competenze fra ordinamento e privati, trova spesso fondamento nell'identica preoccupazione di tutela del soggetto. Segnatamente, nel caso del trattamento medico che qui si è voluto esaminare, di tutela della persona.

[60] *Retro*, spec. al § 2.

[61] Cfr. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità*, cit., 1464.

[62] Per l'applicazione della distinzione tra limiti interni ed esterni, proprio con riferimento all'autonomia privata, cfr. A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 3; in tema sia consentito rinviare altresì ad URSO, *op. cit.*, 280.

Attualità

FAMIGLIE E MATRIMONIO. PROFILI EVOLUTIVI NEL DIRITTO EUROPEO.

Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. Problemi aperti e crisi del modello codicistico di famiglia. - 2. Famiglie e matrimonio nella dimensione del diritto europeo. - 3. La filiazione nella Costituzione e la progressiva perdita di centralità della famiglia legittima. - 4. Dalla riforma del 1975 all'unicità dello stato giuridico di figlio. - 5. La nozione di matrimonio nel diritto europeo e i diritti della coppia omosessuale. - 6. (Segue) Verso il matrimonio tra persone dello stesso sesso. - 7. Coppia omosessuale, affidamento condiviso e affidamento familiare. - 8. (Segue) Convivenza tra persone dello stesso sesso, adozione e nuove famiglie. - 9. Il divieto della fecondazione eterologa e la questione di legittimità costituzionale. - 10. Diritti, doveri e contribuzione nella convivenza more uxorio. - 11. (Segue) Difetto di reciprocità nell'adempimento dell'obbligazione naturale, sproporzione della prestazione e tutele del convivente more uxorio. - 12. Diagnosi preimpianto: un diritto a tutela della salute della donna, espressione della «vie privée et familiale».

1. Problemi aperti e crisi del modello codicistico di famiglia

In un importante Convegno tenutosi a Roma nel 1957, tre Maestri del diritto svolsero le loro relazioni[1] riflettendo sul contrasto tra autorità e libertà nei rapporti tra persona, società e Stato. I limiti della reciproca azione di questi ultimi furono al centro della discussione. La quale si ripropone continuamente, in maniera particolarmente complessa, oggi, nel diritto di famiglia.

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la condizione giuridica del convivente *more uxorio*, l'adozione del minore da parte della coppia omosessuale o di uno dei membri della stessa, la fecondazione eterologa e la diagnosi preimpianto sono temi che scuotono impostazioni tradizionali concernenti il matrimonio, la famiglia e la filiazione. Questi istituti non sono certo universali e immutabili. Anzi, da un lato, si rilevano sviluppi in una cornice giuridica nazionale e soprattutto europea (saremmo nella ter-

[1] Il Convegno si intitola «*Persona, Società intermedie e Stato*», atti in *Quaderni di iustitia*, ed. *Studium*, 1958. Qui si possono leggere le relazioni di A. TRABUCCHI, *Libertà della persona*, 11 ss.; P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, 50 ss.; C. MORTATI, *La comunità statale*, 99 ss. Rescigno ripercorre nelle diverse epoche storiche il diverso atteggiamento dello Stato nei confronti delle formazione sociali, cogliendo che il segno del tempo di allora era l' «interesse organizzato» e «l'urgenza irresistibile della comunità» (p. 67). Quest'urgenza è ancor più viva e multiforme oggi, nel nostro tempo che tanta riconoscenza deve a quegli uomini che, nell'Assemblea costituente, sostennero la necessità di affermare sia diritti fondamentali antecedenti allo Stato (La Pira, Dossetti, Togliatti e Moro), sia che «il fine di un regime democratico deve essere quello di garantire un più ampio e libero sviluppo delle persona umana» [(Togliatti), si vedano le Sedute del 9-10.9.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, Roma-Camera dei deputati, 1946-1948, vol. VI, 323]. Queste parole che sottendono l'idea dell'anteriorità della persona rispetto allo Stato costituiscono il punto di partenza più generale del tema che si intende discutere qui nel saggio (cfr. *amplius* P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico postmoderno*, Ed. Università di Macerata, 2013, 65 ss.).

za stagione di diritto di famiglia[2]), dall'altro, si apre uno scenario in cui spiccano delicati ineludibili interrogativi.

Gli interlocutori delle richieste del corpo sociale sono primariamente, nell'epoca pos-moderna[3], la giurisprudenza e la scienza giuridica, ma talvolta anche la legge appare indispensabile o opportuna per affermare o rafforzare diritti della persona[4]. Nel campo del diritto di famiglia è stata, infatti, un'autorevole dottrina a rilevare, argomentando dalla Costituzione, l'infondatezza dell'idea che il matrimonio fosse l'unica formazione sociale, tutelata, in grado di costituire una famiglia[5].

Questo più moderno approdo, senz'altro corretto, si è rafforzato di recente non essendo più necessario il coniugio affinché si crei un legame pieno di parentela. Ossia un legame che unisca il figlio ai parenti dei suoi genitori. Com'è noto, la legge n. 219/2012, attesa da diversi anni, ha ampliato il concetto di parentela, prevedendo l'unicità dello stato giuridico di figlio. Il matrimonio non è più l'origine indispensabile della famiglia e dei legami parentali[6].

Ebbene, se da un lato vi sono nuovi punti fermi, dall'altro si pongono delicate questioni come quelle poco sopra indicate. Su di esse interessa non già fare un esercizio di previsione *de iure condendo*, ma verificare la rilevanza giuridica di alcuni interessi, la prevalenza di certe posizioni giuridiche soggettive su altre e l'esistenza di strumenti di tutela di situazioni non espressamente disciplinate dalla legge.

Per rispondere ai nuovi bisogni e alle richieste di protezione, il giurista consapevole del proprio tempo deve porre l'accento sulle trasformazioni che hanno interessato il matrimonio, la famiglia e la filiazione. Da questo punto di vista emerge, come vedremo meglio in seguito, non solo l'insussistenza di una relazione necessaria tra famiglia e matrimonio[7],

[2] V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 5, 1043 ss. (ma v. p. 2 versione *on line* cui si farà nel prosieguo riferimento).

[3] P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 34 ss., com'è noto, adopera questo aggettivo per riferirsi al secolo ventesimo, epoca in cui si sfaldano progressivamente gli elementi caratterizzanti la modernità giuridica, tra cui il ruolo limitato e secondario assegnato all'interprete rispetto a quello assolutamente preminente della legge.

[4] P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ*., 1998, I, 304, si sofferma sul ruolo crescente della legge quando nella formazione sociale si attenua o scompare la coesione interna. Sui nuovi problemi in tema familiare, con riguardo anche alle questioni che sorgono dalla diversità delle discipline giuridiche nei diversi Stati europei cfr.: F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 4, 767 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Genitori e figli nelle nuove famiglie*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie. Atti del convegno tenutosi a Genova il 4 maggio 2012*, Milano, 2013, 104; M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e «terzo genitore»: le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir*., 2012, 2, 201 ss.; D. BUZZELLI, *La famiglia «composita»*, Napoli, 2012.

[5] P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 490 (già in *Rass. dir. civ*., 1988, 601 ss.), parla di «dogma dell'esclusività della famiglia fondata sul matrimonio». Nella misura in cui - afferma l'Autore - la convivenza *more uxorio* è una formazione sociale idonea «a formare e a sviluppare correttamente la personalità dei suoi componenti (...), occorre respingere come improbabile la qualificazione di irrilevante giuridico di un fatto incidente in modo così determinante sugli *status personarum* – intesi non nella loro anagrafica concezione – e che rappresentano l'ossatura, la giustificazione degli ordinamenti contemporanei». Ma si veda anche l'innovativo lavoro di F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, 83, il quale, traendo spunti da importanti studi proprio di Perlingieri (soprattutto dal volume «La personalità umana nell'ordinamento giuridico», Napoli, 1972), conclude «che la tutela costituzionale accordata alla famiglia legittima non è di tipo «esclusivo», dovendosi estendere a tutte quelle formazioni sociali, anche a carattere familiare, che mostrino concretamente di costituire utili strumenti di tutela e di realizzazione dei valori della personalità dei loro membri». Analogamente L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 6 e, più di recente V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 6.

[6] F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 110 ss., critica l'idea che la famiglia sia concepibile solo nel matrimonio quale luogo (ritenuto) essenziale della parentela, dimostrando come parentela e famiglia non siano nozioni giuridiche omologhe. Tra l'altro, dapprima con la riforma del diritto di famiglia del 1975, poi con la citata legge n. 219/2012, qualunque correlazione necessaria tra parentela e famiglia fondata sul matrimonio è oramai improponibile. Per l'Autore «l'essenza giuridica della famiglia non risiede né nella parentela né nel matrimonio». In questo senso già P. BARCELLONA, voce *Famiglia*, in *Enc. dir*., 1967, 787 ss., in part. 789. Cfr. anche V. ROPPO, voce *Famiglia*, in *Enc. giur*., 1989, 3, che argomenta (dagli artt. 317-*bis*, 147, 148 c.c. e da altre disposizioni) la natura familiare della convivenza extraconiugale con prole, concludendo per un sensibile avvicinamento fra lo statuto giuridico dei rapporti di coniugio legale e lo statuto giuridico della convivenze *more uxorio* (diversifica, invece, S. PULEO, voce *Famiglia*, in *Enc. giur*., 1989, 3 ss.).

[7] F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago delle famiglie*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 4, 514, rileva come non vi sia tanto «una vera e propria alternativa alla famiglia, ma piuttosto una frantumazione delle famiglie». D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ*., 2005, 2, 139, ritiene inconfigurabile un rapporto di gerarchia tra coppia sposata e non sposata, essendo entrambi «fenomeni meritevoli di riconoscimento e protezione da parte dell'ordinamento, che chiamano in causa un pluralismo di possibili modelli di convivenza». P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, 2011, 4, argomenta dagli artt. 9 e 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE l'autonomia della famiglia dal matrimonio. L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir e proc. civ*., 2010, 1105-1117, afferma che il modello di famiglia fondato sul matrimonio non è più tale e che alla luce del «costante e sempre più incisivo richiamo in ambito familiare alla negozialità e al sistema della responsabilità civile (...) l'arcipelago [della immagine di Busnelli] sia ormai prossimo a ricongiungersi alla terra ferma, con conseguente rinnovata e intensificata giuridicizzazione delle relazioni familiari» (p. 1115). In effetti ciò

nonostante l'apparente significato letterale dell'art. 29, comma 1, Cost.[8], ma anche lo sgretolarsi del postulato della diversità di sesso quale condizione di esistenza del matrimonio. Senza tacere del fatto che la convivenza stabile tra persone dello stesso sesso è considerata vita non più soltanto privata ma familiare[9], da rispettare e garantire (art. 8 Cedu e art. 9 Carta diritti fondamentali UE).

Queste linee evolutive hanno accelerato il progressivo superamento del modello codicistico di famiglia basato sul matrimonio, rilanciando, secondo un'efficace espressione[10], «il non modello», in verità già presente nella Costituzione e nella riforma del 1975. Del resto a riprova del dinamismo evolutivo del matrimonio, basti rilevare come gli Stati europei abbiano adottato soluzioni spesso diverse sulle questioni sopra indicate[11].

L'eterogeneità del panorama giuridico dipende in parte dalla circostanza che l'Unione europea non ha competenza, né esclusiva né concorrente, in materia di diritto di famiglia (artt. 3 e 4 TFUE)[12]. Vi è,

è dimostrato, come si vedrà in seguito, dalla giurisprudenza sempre più copiosa sui rapporti tra conviventi *more uxorio*.

[8] L'art. 29, comma 1, Cost. è stato oggetto di analisi in molti scritti, solo alcuni dei quali possono essere ricordati nello spazio di una nota esplicativa. Questo articolo contiene una disposizione di compromesso («un sommo esempio di mediazione linguistica») che, per alcuni, dà luogo a un'aporia consistente nel legare la famiglia come società naturale (dato di natura) a un istituto di diritto positivo come il matrimonio [elemento giuridico-formale (così R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, II, 1068; *contra* F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 130 e L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., 4, ma per ragioni diverse]. Indubbiamente tale articolo contiene due espressioni di difficile interpretazione: «diritti della famiglia» e «società naturale», cui va aggiunta anche quella contenuta nel comma 2 (cfr. P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1982, 7 ss.; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 86-87).
Secondo una rigida e più risalente impostazione dottrinale, lo Stato non si limita a riconoscere realtà familiari, ma imporrebbe un preciso modello: quello della famiglia fondata sul matrimonio. Secondo altra più convincente dottrina, invece, l'art. 29, comma 1, Cost. contiene un'antinomia solo apparente. Difatti, l'espressione società naturale «fondata sul matrimonio» si riferisce semplicemente «ad una specificazione di quella società che, *secundum natura*, si è storicamente affermata come famiglia (F. PROSPERI, *loc.* cit.). Il matrimonio, quindi, non è l'unico modello di famiglia, ma solo quello ritenuto all'epoca, dall'assemblea costituente, consolidato. Inoltre, la famiglia fondata sul matrimonio gode di una tutela privilegiata non in quanto tale, ma perché il legislatore costituzionale l'ha reputata il luogo più favorevole alla realizzazione personale dei singoli membri della comunità familiare. Orbene oggi è pacifico che quest'ultima finalità si realizzi anche nella convivenza *more uxorio*, la quale, pertanto, deve essere tutelata (art. 2 Cost.). È ancora Prosperi ad argomentare dagli artt. 30, comma 1, 36, comma 1 e 37, comma 1, Cost., la rilevanza costituzionale della famiglia *more uxorio*. Svolge considerazioni in parte analoghe P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 13-14, secondo il quale la Costituzione addita sì un "tipo" familiare privilegiato (la famiglia fondata sul matrimonio) che, tuttavia, non può essere imposto alla società come «canale esclusivo di riconoscimento e legalità delle relazioni di coppia e di generazione». Anche tale Autore scioglie l'aporia sopra ricordata, ponendo in luce le due facce dell'art. 29, comma 1, Cost.: da un lato il matrimonio, in quanto figura radicata nel costume, è stata oggetto di primaria tutela, dall'altro, il riferimento alla società naturale esige «la recezione nell'ambito giuridico di nuove figure in cui il costume via via riconosca il senso e il valore dell'esperienza "famiglia"». Nello stesso senso P. CAVANA, *La famiglia nella costituzione italiana*, *Dir. fam. e pers.*, 2007, 905, secondo il quale «la famiglia è individuata come comunità "naturale", ossia dotata di una sua peculiare fisionomia di carattere meta-giuridico, radicata in una ben determinata concezione antropologica della persona e in una secolare tradizione storico-giuridico e, come tale, sottratta al potere condizionante del legislatore, tenuto a rispettarne l'intima natura». Ciò significa che il potere politico non può ostacolare con una normativa - sarebbe incostituzionale - formazioni sociali che nascono con lo scopo di dar vita ad una famiglia e di favorire il pieno sviluppo della persona. Già nell'Assemblea costituente fu rilevato che l'espressione società naturale avrebbe comportato il riconoscimento di quelle famiglie sorte fuori dal matrimonio «prive cioè del crisma della legalità e del sacramento religioso» (Mastrojanni, Seduta del 5.11.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, cit., 639). Nella Seduta del 6.11.1946 La Pira chiarisce che con l'espressione società naturale «si afferma che la famiglia è un ordinamento giuridico e che lo Stato non fa che riconoscere e proteggere questo ordinamento giuridico anteriore allo Stato stesso» (p. 645). Si leggano anche, in senso conforme, le dichiarazioni di Moro (p. 647).

[9] Corte EDU, 7.11.2013, *Vallianatos and others v. Greece*, n. 29381/09 and n. 32684, in www.echr.coe.int, cfr. § 73 in cui si richiama il caso Schalk and Kopf su cui si tornerà in seguito.

[10] S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. del dir.*, 1975, 676-677, rileva come la riforma del 1975 contenga diversi indici dell'ampliamento della famiglia al di là di quella nucleare (genitori + figli); indici quali l'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima, l'art. 230-*bis*, comma 3, c.c. e il riconoscimento (allora) circoscritto della famiglia di fatto (arg. *ex* art. 317-*bis*, comma 2, c.c.; *contra* L. MENGONI, *op. cit.*, 7, che distingue tra famiglia di fatto e famiglia naturale). La conclusione di Rodotà è che «una famiglia più libera al sua interno e più aperta verso l'esterno (...) è piuttosto un non modello».

[11] Ciò è testimoniato da diverse pronunce della Corte EDU. Conoscere quanto è diffuso in Europa il matrimonio tra persone dello stesso sesso o l'adozione da parte del convivente del genitore omosessuale è un elemento utile che concorre a valutare il margine di discrezionalità dello Stato in ambiti che attengono alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu). Per un'analisi del ruolo incisivo che la Corte Edu ha assunto nell'esplicitare i principi della Cedu cfr. G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di M. C. Andrini, Padova, 2007, 135 ss.; G. CHIAPPETTA, *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, Napoli, 2012.

[12] Si aggiunga che, ai sensi dell'art. 19 TFUE, il Consiglio, solo nell'ambito delle competenze conferite dai trattati, «può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Di conseguenza se si dovesse ritenere che negare l'accesso al matrimonio alle persone dello stesso sesso dia luogo ad una discriminazione di una categorie di persone sulla ba-

invece, una competenza normativa su specifiche situazioni familiari o *mortis causa* con implicazioni transnazionali[13]; competenza che viene esercitata al fine di garantire, attraverso la cooperazione giudiziaria, la libera circolazione delle persone e il corretto funzionamento del mercato interno (art. 81, comma 3, TFUE)[14].

Tali fonti precettive, pur prevedendo l'applicazione nello «Stato membro dell'esecuzione» del diritto dello «Stato membro d'origine»[15], non sono tuttavia ritenute sufficienti a determinare un tessuto normativo omogeneo nei singoli Stati[16]. E allora la domanda che si pone è se il diritto europeo debba rinunciare, in materia familiare, «a farsi portatore di valori suoi propri», adottando una strategia di armonizzazione del diritto sostanziale o almeno di progressivo avvicinamento delle normative nazionali[17].

La risposta non è certo semplice se si considera che l'Unione europea rispetta le identità nazionali, «le diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa»[18]. Allo stesso tempo è innegabile, come si vedrà meglio in seguito, che la prospettiva europea e internazionale dei diritti dell'uomo già contribuisce a rendere omogenee le legislazioni.

2. Famiglie e matrimonio nel diritto europeo.

Le diversità nazionali su spinose tematiche familiari può apparire, di primo acchito, una ricchezza, stante la pluralità delle culture, delle tradizioni e delle sensibilità dei popoli. Da qui la necessità di non mortificare le differenze, imponendo un modello di famiglia per tutti gli Stati europei [19].

Siffatto giudizio va approfondito, poiché discipline eterogenee possono rivelarsi pregiudizievoli per il cittadino europeo[20]. Il quale non sarebbe libe-

se dell'orientamento sessuale, l'Unione non potrebbe intervenire in tale materia. Oltretutto, com'è noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE non ha esteso le competenze e i compiti definiti nei trattati (art. 51 § 2). Questo quadro, tuttavia, sfuma un po', come si vedrà subito, quando viene in rilievo il principio della libertà della circolazione delle persone con i loro diritti e *status*.

[13] Reg. n. 2201/2003 del Consiglio, 27.11.2003, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 134/2000* (nuovo regolamento Bruxelles II); **Reg. (CE) n. 4/2009 del Consiglio, 18.12.2008, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*;** Reg. n. 1259/2010 del Consiglio, 20.12.2010, *relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*; Reg. UE, n. 650/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, 4.7.2012, *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo*, in vigore dal 17.8.2015, che impone agli Stati membri di accettare un patto successorio che, in base alla legge applicabile secondo il presente regolamento, è valido (art. 25 e considerando 49-50). A queste fonti cogenti occorre aggiungere le Risoluzioni e le Raccomandazioni del Parlamento europeo e del Consiglio dei ministri in materia familiare (più di recente cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2010 sugli aspetti relativi al diritto civile, al diritto commerciale, al diritto di famiglia e al diritto internazionale privato del Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma*, in www.eur-lex.europa.eu; ivi *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea*.

[14] M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 447 ss., fornisce un ampio e puntuale quadro dei criteri adottati dall'Unione europea per garantire la circolazione delle decisioni in materia matrimoniale. L'Autrice parla di un regime patrimoniale europeo quale strumento opzionale.

[15] Ad esempio l'art. 28, par. 1, del Reg. n. 2201/2003, cit., stabilisce che «Le decisioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale su un minore, emesse ed esecutive in un determinato Stato membro, sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purché siano state notificate». Cfr. anche l'art. 47, par. 2, dello stesso Reg. sull'esecutività delle decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore.

[16] Com'è noto, le decisioni delle autorità giurisdizionali dello «Stato membro di origine» non sono riconosciute nello «Stato membro dell'esecuzione» soltanto per motivi tassativamente previsti dai regolamenti del Consiglio citati *supra*. Tra questi vi è la *manifesta* contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto [art. 22 let. a) e art. 23 let. a Reg. n. 2201/2003, cit.; art. 12 Reg. n. 1259/2010, cit., fa riferimento alla manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico del foro]. Ora, sebbene quest'ultimo riferimento normativo sia rivolto all'ordine pubblico internazionale (*id est*.: ai principi fondamentali e irrinunciabili dell'ordinamento interno), in Italia non è stata ammessa la trascrivibilità del matrimonio *same sex* contratto validamente in uno Stato dell'Unione, ritenendo che non si ponesse una questione di ordine pubblico, ma prima ancora di mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Questa soluzione giurisprudenziale suscita qualche perplessità, ma si veda *amplius*, *infra*, § 4.

[17] M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali*, cit, 463.

[18] M. G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Tratt. Zatti*, cit., 83 ss., affronta il tema del (possibile) conflitto tra l'armonizzazione/uniformazione del diritto di famiglia e la diversità delle culture nazionali, sotto il profilo del rispetto dei diritti umani in un quadro di legalità allargato, per effetto del programma di adesione dell'Unione europea alla Convenzione.

[19] P. ZATTI, *op. cit.*, 8 ss., svolge interessanti riflessioni sul tema del confine della giurisdizione dello Stato in materia familiare.

[20] Sul piano contrattuale, è noto come molti consumatori, soprattutto nelle transazioni *on line*, siano scoraggiati dall'effettuare acquisti in altri paesi dell'Unione per l'incertezza dei propri diritti. Da qui l'esigenza di un'armonizzazione completa di alcuni aspetti di disciplina nella contrattazione a distanza e fuori dai locali commerciali (si veda

ro di circolare nell'Unione se non perdendo i diritti e lo *status* personale acquisiti in un determinato Stato[21]. Ecco perché gruppi di studio, composti da autorevoli giuristi, hanno scritto testi normativi in tema di *tort law*, di divorzio e mantenimento dell'*ex* coniuge e di responsabilità genitoriale[22]: proprio nel tentativo di predisporre la base per un diritto uniforme o affine nei diversi Stati dell'Unione.

Certo, in questi testi, persuasivi[23] e non precettivi, sono stati elaborati modelli non sconosciuti, ma frutto della sintesi delle scelte operate dai legislatori nazionali. In tal modo si è dato maggiore visibilità e slancio a una direzione già intrapresa dal diritto degli Stati o che si lascia intravedere, senza fare violenza alle diverse tradizioni, favorendo al contempo l'uniformazione giuridica.

Quest'ultima è un valore coerente con i fondamenti e gli obiettivi dell'Unione, non fosse altro per la centralità che nella sua azione assume la persona. Ma tale azione non deve limitarsi soltanto ai contratti con taluni soggetti deboli o tra imprese, ben oltre il consumatore[24]. Essa dovrebbe interessare anche la famiglia, assicurandole uno spazio giuridico europeo di «*libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne*» (art. 3, par. 2, TUE) [25]. Non si tratta di imporre un modello, come si accennava, ma

la Direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 25.10.2011). Ma anche il matrimonio e la famiglia sono investiti dall'esigenza di condivisione tra i vari Stati, quantomeno di principi comuni per favorire la circolazione della persone. È noto che l'Italia non ha ancora una normativa organica sulle convivenze di fatto; normativa che, secondo un'autorevole dottrina, non andrebbe emanata, essendo sufficiente l'applicazione dei principi costituzionali per risolvere specifici problemi di tutela (P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio*, cit., 497-498). E, in effetti, i diritti riconosciuti al convivente, su alcuni dei quali ci soffermeremo, esistono soprattutto grazie all'opera della giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale.

[21] M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 7-8, 451 ss.; M. G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, cit., 105. G. FERRANDO, *Relazione introduttiva, in Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, cit, 6-7, nel caldeggiare una riforma legislativa sotto diversi profili, invita a tenere conto di diversi fatti tra cui: «una mutazione profonda dell'idea di famiglia ed una trasformazione dei suoi modi concreti di essere nella società civile» e la necessità di «aver riguardo ai modelli presenti in altre esperienze, se non altro perché gli *status* circolano con le persone ed il paese di accoglienza non può non tenerne conto».

[22] I *Principles of European Tort Law*, in *www. civil.udg.edu*, redatti dall'*European group on tort law*, raccolgono quelle regole basilari in tema di responsabilità che accomunano i diversi Stati membri dell'UE. In questo testo vi sono disposizioni - solo per citarne alcune - sul fondamento della responsabilità (art. 1:101), sul concetto di danno (art. 2:201), sulla causalità (art. 3:101 ss.), sulla funzione del risarcimento (art. 10:101), sul danno patrimoniale (art. 10: 201) e non patrimoniale (art. 10:301). Assumono una posizione centrale i diritti della personalità (artt. 2:102 comma 2, 10:202, 10:301). Grande interesse rivestono anche i «*Principi di Diritto Europeo della Famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*", in *www.ceflonline.net*, i quali costituiscono in parte il *common core* in materia di divorzio tra gli Stati membri, ossia il complesso di regole largamente preponderanti negli ordinamenti europei. Soltanto in via sussidiaria, la Commissione redattrice ha adoperato il *better law approach*, individuando la regola ritenuta preferibile». In particolare emerge la tendenza europea a consentire direttamente il divorzio a prescindere dalla colpa e senza la necessità di una preventiva pronuncia giudiziale di separazione (cfr. parte 1). L'ampio spazio oramai attribuito al divorzio richiama alla mente la lungimiranza di alcuni esponenti dell'Assemblea costituente (soprattutto di Togliatti, *contra* La Pira e Moro) che si opposero alla previsione in Costituzione dell'indissolubilità del matrimonio (Sedute del 7 e del 13.11.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., 660 ss.).
Con riguardo, invece, al mantenimento tra ex coniugi, la normativa predilige una sistemazione conclusiva dei rapporti patrimoniali. Essa, infatti, da lato, favorisce la corresponsione in unica soluzione, dall'altro stabilisce, quale regola, «il mantenimento per un periodo limitato» e quale eccezione la corresponsione «senza limiti temporali» [c.d. principio di auto responsabilità (cfr. parte 2)]. Su tali principi cfr. S. PATTI, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Familia*, 2005, 337 ss. Sono da ricordare anche i «*Principi europei sulla responsabilità genitoriale*», presentati nel 2007 dalla CEFL.

[23] R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 2004, 6, utilizza questo aggettivo per riferirsi a quei documenti redatti da studiosi al fine di «offrire materiali e modelli a futuri legislatori», ma non solo.

[24] G. VETTORI, *Oltre il consumatore e l'impresa debole, in I contratti dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, Padova, 2013, 3 e 15, rispetto a nuove categorie fondate sulle qualità del contraente (come il consumatore, il cliente e l'impresa debole), tiene a sottolineare l'esistenza di «un metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato, utilizzando in particolare alcuni strumenti». Si tratta della clausola di buona fede come criterio di valutazione dei comportamenti in ogni fase del contratto, della causa in concreto, della contrarietà a norma imperativa e del riferimento ai diritti e ai doveri costituzionali «come limiti alla libertà del contratto». Questo metodo ermeneutico, come si vedrà, si può riscontrare anche in materia familiare; in particolare in tema di rapporti tra conviventi *more uxorio* a seguito della cessazione della convivenza.

[25] V. SCALISI, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 14, dopo aver ricordato che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati» (art. 6, par. 1, comma 2, TUE), così come parimenti accade in conseguenza dell'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6, par. 2, TUE), richiama una serie di obblighi dell'Unione di attuare politiche e azioni. Le quali non possono che riflettersi «sia pure in modo indiretto ma in misura assi rilevante, sulla strutturazione e le stesse forme organizzative delle relazioni familiari, restituendo legittimazione anche all'interno dei singoli Stati ad unioni familiari diverse e distanti da quelle tradizionali e al tempo stesso assai spesso consentendo una più appropriata rimodulazione delle stesse tutele nazionali in materia». In particolare il riferimento è agli artt. 18, 10 e 19 TFUE e all'art. 6, par. 1, e 3 TUE: discriminazioni basate sulla nazionalità e sull'orientamento sessuale,

di favorire un'«integrazione multiculturale»[26] attorno a un nucleo condiviso (c.d. *Common Core*).

L'esigenza di uniformazione del diritto di famiglia è stata avvertita particolarmente da un'autorevole dottrina[27]. La quale ravvisa la necessità di fissare «principi direttivi in grado di realizzare un ragionevole quadro di sintesi, oltre che il giusto punto di equilibrio, tra le diverse realtà familiari nazionali nella prospettiva della creazione di un *modello europeo* da porre come *minimo comune denominatore*, onde evitare l'atomizzazione dispersiva e la volatilizzazione del concetto stesso di famiglia»[28].

Secondo un'altra pensosa prospettiva[29] occorrerebbe, invece, applicare «una nozione più ampia del diritto internazionale privato».

Con tutta probabilità, fissare in una fonte normativa i caratteri minimi costitutivi della famiglia e del matrimonio, favorirebbe la creazione di regimi giuridici simili (fenomeno, questo, già in atto), a beneficio della libera circolazione degli *status* familiari e dell'affinamento dei principi sovraordinati dell'Unione[30].

È questa una sfida più ardua rispetto a quella, ancora in essere, che coinvolge il diritto contrattuale. Non soltanto sotto il profilo della predisposizione di un testo che tracci almeno le linee di fondo della famiglia e del matrimonio, ma soprattutto nel vincolare gli Stati dell'Unione ad accettare tali linee rispetto ad istituti intrisi di ideologia e tradizione. Ma l'obiettivo è praticabile[31] e, forse, irrinunciabile per l'Unione europea se si intende proseguire, efficacemente, la strada intrapresa col passaggio dall'Europa del mercato a quella dei diritti della persona.

La direzione è già stata tracciata. Vi sono disposizioni nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella Cedu che, così come interpretate dalle due Corti europee[32], consentono di scorgere la rilevanza

[26] G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 8. Si veda anche C. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 3, 689-694, il quale, poste le differenze tra la codificazione (quale obiettivo) del diritto europeo e la codificazione otto-novecentesca, sottolinea l'esigenza della prima, la cui difficoltà sta, tra l'altro, nella dura contrapposizione «tra il fronte della razionalità e quello storico-culturale, i quali d'acchito orientano il cammino in direzioni diametralmente opposte» (p. 698).

[27] V. SCALISI, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, cit., 13.

[28] Per questo, il primo settembre 2001 è stata istituita la *Commission on European Family Law* (CECL), col compito di favorire l'armonizzazione del diritto di famiglia. Non è, questo, un obiettivo impossibile. S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, cit., 76, pone in luce come già via siano «convergenze naturali» e «convergenze tecniche» tra i diversi ordinamenti dell'UE. Ricorda la M. G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, cit., 110, che «obiettivo primario della Commissione non è quello di formulare un preciso disegno di legge, ma di costruire e offrire un quadro di riferimento per i legislatori nazionali, in primo luogo quelli che si apprestano ad una ricodificazione».

[29] F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 778, fanno riferimento al metodo del «mutuo riconoscimento», all'«ordine pubblico di prossimità» e alle «norme in materia di diritti umani come se si trattasse di norme di applicazione necessaria, atte a preservare [all'esito di un bilanciamento di interessi], valori ritenuti fondamentali nel foro.

[30] V. SCALISI, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, cit., 23, lo sottolinea giustamente. Cfr. anche G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2003, 449, il quale, quando ancora non erano intervenuti i Regolamenti sopra citati (nota 10), già riteneva deleteria la scelta di affidarsi nella materia familiare al diritto internazionale privato, rinunciando all'uniformazione. Egli proponeva una duplice fase: dapprima realizzare un livello minimo di armonizzazione «e poi gradualmente passare al livello mediano». Non si tratta di un'operazione volta a cancellare le specificità culturali e i valori di fondo di un Stato, ma di trovare un terreno che possa essere comune o comunque non inviso. Non sfugge la difficoltà e la delicatezza di tutto ciò, tanto che, comprensibilmente, G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 769-771, esprime preoccupazione per una regolamentazione unitaria delle relazioni familiari.

[31] S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, cit.,72 ss., rileva come si tratti di «indicare regole di fondo, in genere prive di un elevato grado di specificità, comuni a tutti o alla maggior parte degli ordinamenti europei oppure, al contrario, presenti in una minoranza di essi ma ritenuti la *better rule*, cioè la regola che, guardando al futuro, sembra meglio in grado di essere recepita e di garantire un equilibrato svolgimento dei rapporti». Dunque anche l'approccio metodologico della *better rule* cerca di non stravolgere la cultura giuridica di uno Stato, ma di lasciargli intravedere il proprio naturale sbocco regolamentare.

[32] Il contrasto di una norma interna con un norma dei Trattati o della Cedu vi può essere anche tramite l'interpretazione che di quest'ultima fornisce, rispettivamente, la Corte di Giustizia e la Corte EDU. Diverse sono le tecniche per superare le antinomie. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, il giudice italiano non può disapplicare la norma interna contrastante con una disposizione della Cedu come interpretata dalla Corte di Strasburgo, al fine di applicare direttamente quest'ultima. Ciò vale nonostante il disposto dell'art. 6, par. 2, TUE. Il giudice, ove non sia praticabile l'interpretazione della norma interna in senso conforme a quella convenzionale, dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale della prima. Cfr.: Corte cost., 24.10.2007, n. 348 349, in *Foro it*., 2008, I, 39 ss., con note di L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, e F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*; Corte cost., 25.2.2008, n. 39, in *Foro it*., 2008, 1037; Corte cost., 16.11.2009, n. 311, in *Riv. dir. int*., 2010, 163; Corte cost., 30.11.2009, n. 317, *ibidem*, 180; Corte cost., 8.3.2010, n. 93, *ibidem*, 2, 583; Corte cost, 24.7.2009, n. 239, in *Foro it*., 2010, 1, 1, 345 ; Corte cost., 11.3.2011, n. 80, in *Giur. it*., 2012, 4, 777, con nota di T. CERRUTI, *Cedu, UE e parametri di costituzionalità: è cambiato qualcosa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona?* Nel senso che l'art. 6 TUE non impone al giudice domestico la disapplicazione della norma interna in contrasto con la Cedu, cfr. Corte Giustizia, caso Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Pro-

di più realtà familiari e una significativa evoluzione della nozione di matrimonio[33]. Disposizioni che non impongono un preciso modello europeo di famiglia, ma che danno rilievo al diritto dell'individuo di formare una famiglia, «senza imporre una realtà strutturale del gruppo»[34].

Il legislatore italiano, da parte sua, non ha ancora affrontato molti dei problemi posti dalle nuove realtà familiari e dalle loro dinamiche anche conflittuali. Ciò nonostante il nostro ordinamento, per opera soprattutto della giurisprudenza interna ed europea, ha visto affermarsi situazioni giuridiche soggettive tra conviventi *more uxorio*, anche dello stesso sesso. Ma c'è un dato più generale da rimarcare: *l'affermarsi della pluralità delle famiglie*[35].

È questo un approdo di grande rilievo, ricco di attese[36] e di pretese, su cui si intende riflettere nel prosieguo, più da vicino, in una prospettiva diacronica.

3. La filiazione nella Costituzione e la progressiva perdita di centralità della famiglia legittima.

L'evoluzione normativa della filiazione è un punto di osservazione strategico dei mutamenti della concezione del matrimonio. Ripercorrendo alcune tappe principali è facile constatare come la rilevanza della famiglia prescinda, sempre più ampiamente, dall'instaurarsi del rapporto di coniugio.

Il codice civile del 1865 non riconosceva alcuna protezione ai figli adulterini, mentre il codice civile del 1942 prevedeva, in certi casi, una loro tutela che, comunque, era molto distante da quella accordata ai figli illegittimi[37]. La ragione è nota: il matrimonio era configurato come un'istituzione sovraordinata agli individui, l'unico idoneo a garantire un'ordinata e produttiva vita sociale. A esso si assegnava una funzione pubblica volta a salvaguardare l'ordine sociale e morale (*seminarium rei publicae*), con un ribaltamento di valori rispetto alla primazia che la Costituzione assegnerà alla persona. Da qui l'indissolubilità del vincolo, la punibilità del concubinato e dell'adulterio, la tassatività dei casi di separazione personale e l'impermeabilità della famiglia legittima alla compresenza di figli adulterini. I quali, perciò, non potevano essere riconosciuti, salvo ipotesi eccezionali[38], né erano titolari dell'azione volta a ottenere la dichiarazione giudiziale di genitorialità.

Più in generale e fino alla riforma del 1975, la condizione del figlio riconosciuto o dichiarato giudizialmente era differente da quella dei figli legittimi, legittimati o adottivi. Tant'è che esisteva un regime giuridico diverso dei mezzi di accertamento della filiazione, decisamente ispirato al *favor legitimitatis*[39]. Inoltre il genitore che aveva effettuato il riconoscimento era titolare dei diritti derivanti dalla patria potestà, tranne l'usufrutto legale (art. 260, comma 1, c.c. abrogato). Ancora: occorreva il consenso dell'altro coniuge affinché il figlio naturale riconosciuto durante il matrimonio potesse essere introdotto nella casa coniugale (art. 259 c.c. abrogato). E infine, a tacer d'altro, vi erano discriminazio-

vincia autonoma di Bolzano, C-571/10, 24.4.2012, in *www.eur-lex.europa.eu*.

[33] I cui caratteri non sono immutabili, ma assoggettai ai mutamenti del costume e della sensibilità sociale.

[34] N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, 1, 8-11.

[35] V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 5, argomentando dall'espressione costituzionale «società naturale», conclude che la famiglia debba «inevitabilmente declina[rsi] al plurale»; Anche F. PROSPERI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 2, 790 ss, si sofferma sull'art. 29, co. 1, Cost. in correlazione con l'art. 2 Cost. per concludere che non vi è «alcun limite al riconoscimento giuridico di rapporti di convivenza che non entrino concretamente in conflitto con un'operante famiglia fondata sul matrimonio». G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 4, 525 ss., inizia il suo saggio sottolineando proprio l'eterogeneità dei modelli familiari. M. GORGONI, *Le formazioni sociali a valenza familiare*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, a cura di M. Gorgoni-M. Francesca, Napoli, 2009, 14 ss., ripropone, come si vedrà più da vicino in seguito, il tema della giuridicizzazione per ordinare queste nuove realtà familiari.

[36] F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 776-777, pongono l'accento sul tema dei rapporti nascenti dalle famiglie ricomposte, privi di regolamentazione giuridica. Gli Autori richiamano tre possibili modelli di disciplina: esclusivo, sostitutivo o inclusivo.

[37] Nel diritto romano, la considerazione dei figli *naturales* non è stata sempre costante, dipendendo dalle oscillazioni della politica imperiale (diversa era la condizione dei *vulgo concepti* o *spurii*). L'istituzione, nell'età imperiale, di alcune forme di legittimazione dei figli naturali era volta a rimediare «alla non felice condizione dei figli illegittimi». Nel periodo barbarico si ritiene, invece, «che non vi fosse sostanziale differenza tra i vari tipi di figli naturali» (cfr. *amplius* C. PECORELLA, voce *Filiazione (parte storica)*, in *Enc. dir.*, 1968, 449 ss.). Sulla diversa impostazione, quanto alla filiazione, del codice civile del 1865 e del 1942 cfr. l'ottima sintesi di M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 205 ss.

[38] L'art. 252 c.c. (abrogato) stabiliva che «I figli adulterini possono essere riconosciuti dal genitore che al tempo del concepimento non era unito in matrimonio. Possono essere riconosciuti anche dal genitore che al tempo del concepimento era unito in matrimonio, qualora il matrimonio sia sciolto per effetto della morte dell'altro coniuge. Se in conseguenza del matrimonio sciolto vi sono figli legittimi o legittimati o loro discendenti legittimi, il riconoscimento non ha effetto se non dal giorno in cui è ammesso con decreto del Capo dello Stato, previo parere del Consiglio di Stato. Il riconoscimento non può essere ammesso se i figli legittimi o legittimati non hanno raggiunto la maggiore età e se non sono stati sentiti (...)».

[39] Vi erano, ad esempio, forti restrizioni all'accertamento giudiziale della paternità e della maternità naturale (art. 269 c.c. abrogato).

ni nelle successioni *mortis causa*[40], tra cui il mancato instaurarsi del rapporto di parentela fra più figli naturali degli stessi genitori[41].

È chiaro che in siffatto contesto giuridico non vi poteva essere spazio per un adeguato riconoscimento della famiglia al di fuori del matrimonio. Istituto questo che, peraltro, secondo l'idea del tempo, era connotato, per garantirne la tenuta, da rapporti basati sulla disuguaglianza e sullo schema potestà-soggezione. Il marito era «il capo della famiglia» e aveva l'amministrazione dei beni dotali; il figlio minore vedeva sacrificate le proprie capacità e inclinazioni[42], oltre ad essere assoggettato a un potere educativo che poteva avvalersi di mezzi particolarmente severi[43].

È solo con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 che riprese avvio un'intensa fase di revisione del modello-famiglia, ancora oggi esposto a plurime sollecitazioni. Gli innovativi principi e le regole poste dagli artt. 29, comma 2, 30, commi 1 e 3, Cost. indussero la Corte Costituzionale, prima[44], e il legislatore, poi, ad adeguare l'ordinamento alla Carta Fondamentale. Si ebbero, a quell'epoca, una serie di atti volti a riconfigurare, poco per volta, le relazioni familiari e a separare, sempre più, filiazione e matrimonio e, conseguentemente, a svincolare la famiglia da quest'ultimo.

Non è il caso di ripercorrere da vicino le pronunce in tema di filiazione naturale; piuttosto è utile una sottolineatura. Dagli anni Sessanta, la Consulta, attraverso il collegamento dell'art. 30, comma 3, Cost. al principio di uguaglianza e al divieto di discriminazioni basate su «condizioni personali e sociali» (art. 3 Cost.), ha iniziato quell'opera di avvicinamento della filiazione naturale a quella legittima, culminata nella legge n. 219/2012. Nel fare ciò la Corte ha distinto i rapporti tra genitori e figli da quelli tra prole naturale e parenti dei genitori.

Con riguardo ai primi vi è stata la progressiva equiparazione della posizione giuridica dei figli naturali a quella dei figli legittimi. Possibile grazie alla prescrizione costituzionale secondo cui «*la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale*», sia pur con il limite della compatibilità. Notissime sono le decisioni in tema di capacità a succedere, di quote ereditarie anche in caso di concorso e di diritto di rappresentazione[45].

Quanto, invece, al rapporto tra prole naturale e parenti del genitore che ha compiuto il riconoscimento, la Corte Costituzionale ha assunto un atteggiamento di *self-restraint*, dipeso dalla mancanza nella Costituzione di un concetto ampio di parentela naturale e dalla riserva di legge sulle norme e sui limiti della successione *mortis causa* (art. 42, comma 4, Cost.). Da qui la cautela a non invadere un campo che è sembrato riservato al legislatore, attraverso il riconoscimento giudiziale di un vero e proprio diritto alla parentela. Perciò chi nasceva da soggetti non coniugati tra loro non diventava, giuridicamente, membro delle famiglie di origine dei propri genitori.

Neppure il legislatore del 1975 ha previsto siffatto diritto. Ma la condizione dei figli naturali, in quell'anno, è cambiata radicalmente in attuazione dell'art. 30, comma 3, Cost. L'equiparazione sotto molteplici profili (non tutti) della loro posizione a quella dei figli legittimi ha fatto sì che la famiglia non fosse più concepibile esclusivamente nel ma-

[40] L'art. 541, comma 1, c.c. (abrogato) stabiliva ad esempio che «quando, oltre ai figli legittimi, il defunto lascia figli naturali, la quota di patrimonio complessivamente riservata è di due terzi. Su tale quota *ogni figlio naturale consegue metà della porzione che consegue ciascuno dei figli legittimi*, purché complessivamente la quota di questi ultimi non sia inferiore al terzo del patrimonio». Non solo ma i figli naturali non potevano opporsi al diritto di commutazione. Secondo l'art. 541, comma 2, c.c. (abrogato) «I figli legittimi hanno la facoltà di pagare in denaro o in beni immobili ereditari, a giusta stima, la porzione spettante ai figli naturali».

[41] G. CRIFÒ-A. PEZZANA, voce, *Filiazione naturale*, in *Enc. dir.*, 1968, 475 ss.; M. COSTANZA, voce *Filiazione naturale*, in *Enc. giur.*, 1989, 1 ss.

[42] Il vecchio testo dell'art. 147 c.c. (sostituito con la riforma del 1975) non riconosceva alcun rilievo alla posizione del figlio in ordine alla sua istruzione e al rapporto educativo. Esso così stabiliva: «Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare, e istruire la prole. L'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale». Il minore è mero soggetto passivo del rapporto educativo. Oggi quest'ultimo si incentra sullo spiccato rilievo della personalità del minore, non già su un autoritarismo legato a valori predefiniti, salvo, naturalmente, un minimo etico socialmente condiviso (cfr. *amplius* P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 29-32).

[43] Ai sensi dell'art. 319 c.c. (abrogato): «Il padre che non riesce a frenare la cattiva condotta del figlio, può salva, l'applicazione delle norme contenute nelle leggi speciali, collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale. L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente. Il presidente del tribunale, assunte le informazioni provvede con decreto senza formalità di atti e senza indicarne i motivi. Contro il decreto del presidente del tribunale è ammesso ricorso al presidente della Corte d'appello, il quale provvede sentito il pubblico ministero».

[44] Storiche sono le pronunce della Corte costituzionale che hanno abrogato i reati di adulterio e di concubinato (nn. 126 e 128 del 1968).

[45] Si veda: Corte Cost., 16.4.1973, n. 50, in *Foro it.*, 1973, I, 1684, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che non stabilisce l'identità della misura della quota spettante al figlio naturale rispetto a quella riservata al figlio legittimo, in assenza di famiglia legittima; Corte Cost. 27.3.1974, n. 82, in *Foro it.*, 1974, I, 1293, dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che ammette il concorso tra figli naturali e ascendenti del genitore, diversamente dall'ipotesi in cui i figli legittimi concorrano con gli ascendenti; Corte Cost., 4.7.1979, n. 55, in *Giur. it.*, 1979, I, 1589, ammette i fratelli e le sorelle naturali alla successione legittima prima dello Stato e in mancanza di altri successibili.

trimonio. Questo processo di parificazione della prole nata fuori del matrimonio ha determinato un ampliamento del concetto di famiglia, tanto da ricomprendervi anche le relazioni familiari non legalmente formalizzate[46].

Su quest'aspetto è bene seguire gli sviluppi della normativa che porteranno a un altro ampliamento della nozione di famiglia, così consistente da riaprire la discussione sui tratti essenziali del matrimonio.

4. Dalla riforma del 1975 all'unicità dello stato giuridico di figlio.

La riforma del 1975 ha compiuto quel passo deciso, solo in parte preparato dalla Consulta, verso l'equiparazione giuridica, quasi totale, della filiazione naturale a quella legittima. Deciso sì, ma non abbastanza lungo. Il legislatore ha, infatti, tenuto ferma, seppur in misura attenuata rispetto al passato, quella distinzione che considera la prole nata fuori dal matrimonio in rapporto ora con i genitori ora con i parenti di questi ultimi. Il che ha determinato, se si escludono alcune ipotesi[47], un riconoscimento piuttosto esiguo della rilevanza della parentela naturale, fino alla legge di riforma n. 219/2012[48].

A parte questa e altre carenze[49] della riforma del 1975, non v'è dubbio che tra fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '80 del secolo scorso, l'Italia, insieme ad altri Paesi, abbia «rimosso dal diritto di famiglia una parte importante dell'eredità ottocentesca, per recepire quanto di nuovo era emerso e continuava ad emergere tumultuosamente nella società civile»[50].

In breve: si ammette la riconoscibilità dei figli adulterini da parte di chi è già unito in matrimonio come regola non più eccezionale; vengono meno le restrizioni all'accertamento della paternità e maternità naturale; il rapporto tra genitore e figlio ha un contenuto tendenzialmente uniforme a prescindere dal tipo di filiazione, il che spiega l'eliminazione del *favor legitimitatis* a beneficio del principio di corrispondenza tra «certezza formale e verità naturale del rapporto di filiazione»[51]; viene, infine, rivalutata la capacità del minore di scegliere e di esprimere opinioni su tutto quanto lo riguardi[52].

Nonostante l'indiscutibile progresso giuridico del diritto di famiglia[53], rallentato considerevolmente con la fine degli anni '90[54], rimaneva un vistoso

[46] G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, 2, 188.

[47] Si tratta di casi riguardanti il rapporto tra fratelli naturali. Ai sensi dell'art. 433 n. 6 c.c. i fratelli unilaterali, cioè quelli che hanno un solo genitore in comune, sono tenuti agli alimenti. La disposizione però, nel prescrivere la precedenza dei germani sugli unilaterali, sembra contrastare con il principio di uguaglianza. L'art. 468, comma 1, c.c., in materia di diritto di rappresentazione, ammette il figlio naturale a succedere al fratello del proprio genitore. Infine l'art. 737, comma 1, c.c. include i figli naturali tra i soggetti tenuti alla collazione.

[48] C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 1 ss., ricorda come ai figli naturali fosse stato negato anche dalla giurisprudenza il diritto alla successione legittima nei confronti dei parenti naturali.

[49] V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 6, le segnala puntualmente, in quanto espressive di «gravi limitazioni e… disparità» dei figli naturali.

[50] L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 4, 201.

[51] G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, in *Enc. giur.*, 1989, 3.

[52] G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, cit., 2, a dimostrazione di ciò, richiama gli artt. 147, 84, 250, 264, comma 2, 284, comma 1 n. 4 e comma 2, c.c. e conclude che vi è stata un'attenuazione «tra minore e maggiore età, tra capacità e incapacità di agire». L'idea di valorizzare la capacità intellettiva del minore si è ulteriormente rafforzata dopo la riforma del 1975. È stato previsto, in più disposizioni, il diritto del minore di anni dodici, capace di discernimento, di essere sentito sulle questioni che lo riguardino. L'art. 7 l. n. 184/1983, sostituito dalla l. n. 149/2001, obbliga il Tribunale per i minorenni di sentire l'adottando; ugualmente dispone l'art. 10, comma 5, l. n. 184/1983 con riferimento alla conferma, modifica o revoca dei provvedimenti urgenti assunti ai sensi del comma 4 all'interno del procedimento volto a dichiarare l'adottabilità. L'art. 155-*sexies* c.c. dispone che il giudice, prima di emanare i provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. riguardo ai figli, deve disporre l'audizione del figlio minore di anni dodici se capace di discernimento. Infine il nuovo art. 315-*bis*, comma 3, c.c., introdotto dalla legge n. 219/2012, prevede il diritto del figlio minore, sempre se di anni 12 o in ogni caso se capace di discernimento, «di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». La normativa delegata dalla legge n. 219/2012 stabilirà le regole processuali di attuazione di tale diritto (art. 2, comma 1, let i).

[53] P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 22 ss., coglie i passaggi più significativi dell'evoluzione del diritto di famiglia. Un'evoluzione sostanzialmente assente dall'unità nazionale fino alla fine degli anni '60. Più marcata dagli anni '60 in cui si avverte il mutamento radicale della struttura della famiglia, tanto nel rapporto tra i coniugi che in quello educativo (p. 29 ss.). Per un ampio quadro in cui spicca il progressivo distaccarsi della famiglia dal matrimonio cfr. G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, Milano, 2011, 281 ss.

[54] Vi sono stati interventi giurisprudenziali e legislativi che hanno rappresentato un «sussulto in una clima più generale di sterili dibattiti ideologici senza costrutto, annegati poi in un'inefficienza parlamentare inqualificabile» (così L. LENTI, *op. loc. cit.*) In giurisprudenza cfr.: Corte Cost., 10.2.2006, n. 50, in *Foro it.*, 2006, I, 966 ss., che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 274 c.c. nella parte in cui prevedeva il giudizio preliminare di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale. Si è tratto argomento dalla disparità di trattamento tra figli legittimi e naturali nell'accertamento della filiazione; Corte Cost., 28.11.2002, n. 494, in *Foro it.*, 2004, 1, 1053, che dichiara costituzionalmente illegittimi gli artt. 278 e 251 c.c. nella parte in cui escludono la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali richiesta dal figlio incestuoso.
Con riguardo agli interventi del legislatore sono da ricordare i seguenti: 1) legge n. 154/2001 sugli «*Ordini di protezione con-*

disallineamento con la Costituzione. Se questa non distingue tra i diversi *status* di figlio legittimo e figlio naturale (grazie all'opera lungimirante dei Padri costituenti)[55], perché il legislatore del 1975 scelse di inserire nel codice civile un capo - l'I del titolo VII del libro primo - appositamente dedicato alla filiazione legittima e un altro capo - il II del medesimo titolo - sulla filiazione naturale e sulla legittimazione? Probabilmente perché nella società di quell'epoca rimaneva abbastanza salda l'idea che fosse maggiormente meritevole avere figli all'interno del matrimonio che fuori da esso. E il diritto assecondava questa diffusa convinzione.

Ma la dottrina più attenta ha criticato questa distinzione, rilevando come dalla Costituzione si deducesse l'unicità della condizione di figlio a prescindere dal matrimonio tra i genitori[56]. In verità, nonostante gli sforzi argomentativi, il matrimonio è rimasto per lungo tempo l'unico istituto in grado di assicurare ai figli la pienezza dei rapporti parentali. Questa prerogativa è caduta con la legge n. 219/2012 intitolata, non certo felicemente[57], «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*».

Legge che ha introdotto, rimodulando la struttura del Titolo VII del libro primo codice civile[58], il principio di unicità dello stato giuridico di filiazione (art. 315 c.c.), in attuazione del quale è stata ampliata la nozione di parentela. Questa consiste, ora, nel «vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, *sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori del matrimonio* (...)» (art. 74 c.c.). È stata perciò modificata[59] la norma sugli effetti del riconoscimento (l'art. 258 c.c.), i quali si producono con riguardo non solo al genitore che ha riconosciuto, ma anche ai parenti di quest'ultimo. Ne scaturisce un nuovo regime in tema di successioni *mortis*

tro gli abusi familiari (titolo IX-*bis* libro I cod. civ.)» che apprestano strumenti di tutela del coniuge, del convivente *more uxorio* e dei figli, legittimi e naturali; 2) legge n. 40/2004 («*Procreazione medicalmente assistita*»), ritenuta dagli studiosi ideologica e punitiva, perciò demolita in più punti dalla giurisprudenza ordinaria, costituzionale ed europea (da ultimo si veda Trib. Firenze, ord. 7.12.2012, n. 4942, che solleva, condivisibilmente, dubbi di costituzionalità sul divieto di ricerca sugli embrioni «soprannumerari»); 3) legge n. 54/2006 («*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*») che ha unificato le regole applicabili ai figli a seguito della disgregazione della coppia, a prescindere dall'esistenza del matrimonio (art. 4 comma 2). Rimaneva, nonostante tale legge, una discutibile distribuzione di competenze tra tribunale ordinario e per i minorenni - cui aveva in parte ovviato Cass., 3.4.2007, n. 8362, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2800 - su cui è opportunamente intervenuta la nuova legge n. 219/2012 attraverso la modifica dell'art. 38 disp. att. cod. civ.

[55] Dalla lettura del dibattito svoltosi nella Seduta del 12.11.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., 603 ss., emerge come sia stata subito accolta l'idea di rafforzare la posizione dei figli nati fuori del matrimonio, senza distinguere tra figli legittimi, illegittimi, adulterini e incestuosi. Si preferì lasciare al legislatore il compito di bilanciare la tutela della famiglia fondata sul matrimonio con la protezione della filiazione extramatrimoniale (in particolare si leggano gli interventi di Moro, Caristia, Togliatti e Cevolotto).

[56] G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, cit., 3, muovendo dal collegamento dell'art. 30, comma 3 Cost. con l'art. 3 Cost., sottolinea come il principio di uguaglianza «può essere derogato solo a tutela di valori che, nel sistema costituzionale, abbiano un peso superiore o almeno pari rispetto [allo stesso]». Ne consegue che «i diritti dei figli naturali possono essere sacrificati solo quando sia in gioco un diritto della famiglia davvero fondamentale. E le norme costituzionali sembrano riservare un valore di tale preminenza soltanto alla unità della famiglia da intendersi nel senso della stabilità della coesione sostanziale (art. 29 Cost.)». Dunque, secondo questa impostazione, non si giustificava la previsione di una parentela estesa e piena solo per la filiazione legittima.

[57] La legge 219/2012 non riguarda soltanto il riconoscimento dei figli naturali. Oltretutto è singolare che l'intitolazione di detta legge contenga proprio quel sintagma - filiazione naturale - che essa stessa ha inteso eliminare. L'art. 2 let. a), tra i principi e criteri direttivi rivolti al Governo destinatario di un'ampia delega, prevede la «sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai «figli legittimi» e ai «figli naturali» con riferimenti ai «figli», salvo l'utilizzo delle denominazioni di «figli nati nel matrimonio» o di «figli nati fuori del matrimonio» quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative».

[58] Il titolo VII del codice civile non reca più l'intitolazione «Della filiazione», bensì «Dello stato di figlio», ad indicare, da subito, che l'essere figlio non ammette alcuna distinzione in sottocategorie giuridiche. Di conseguenza il capo I non disciplina più la filiazione legittima, né il capo II è più dedicato alla filiazione naturale e alla legittimazione. Mentre il primo è intitolato «Della presunzione di paternità», il secondo tratta e si intitola «Delle prove della filiazione». Dunque è unico lo stato di figlio, il che non elimina certo le peculiarità della disciplina della filiazione nata nel matrimonio e di quella nata fuori da questo. Così il capo III, sempre del titolo VII, riguarda l'azione di disconoscimento e le azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio, il capo IV tratta, invece, il tema del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio e il capo V regola la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità.
L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, 207-208, rileva come già dalla nuova intitolazione dei capi si evinca la permanenza della differenza tra filiazione legittima e filiazione naturale. Vi sarebbe stato solo un cambio di nome, come confermato dalla circostanza che «la costituzione dello stato e le azioni di stato continuano ad essere diverse, sicché l'unicità della categoria di figlio non è effettiva». Eppure, come spiega bene l'Autore (p. 210-211), non vi è alcuna ragione che giustifichi la presenza oltre all'azione di reclamo anche della dichiarazione giudiziale. Non si giustificano neppure talune differenze nella disciplina delle azioni. Conclude seccamente l'Autore: «l'unicità dello stato di figlio, se presa sul serio, impone anche di regolare *unitariamente* il sistema delle azioni di stato, onde dargli la stessa solidità» (p. 211). Interessanti, infine, sono le osservazioni sulla mancata riforma della presunzione di paternità, la quale, così com'è regolata, violerebbe il principio di uguaglianza (p. 208-209).

[59] L. LENTI, *op. cit.*, 202-203, ritiene superflua la modifica dell'art. 258 c.c. alla luce del nuovo art. 74 c.c.

causa e di donazioni, da precisarsi con un decreto legislativo di prossima pubblicazione[60].

Al di là di qualche problema tecnico e contraddizione della legge 219/2012, esistente secondo un Autore[61], preme cogliere due aspetti. Primariamente, l'unificazione dello *status* di figlio contribuisce all'uniformazione del diritto, adeguando l'ordinamento non solo alla Costituzione ma anche ai principi europei come interpretati dalla Corte EDU[62]. In secondo luogo si deve constatare un ulteriore evoluzione della famiglia e del matrimonio. Se il figlio nato fuori dal matrimonio diventa parte della famiglia (estesa) dei genitori, il matrimonio non è più il necessario presupposto costitutivo delle relazioni legalmente familiari, che sorgono oramai a prescindere dalla sussistenza del vincolo di coniugio[63]. La convivenza *more uxorio* con prole è una famiglia in cui si forma un vincolo parentale pieno nelle linee retta e collaterale[64].

La legge 219/2012 rafforza, quindi, indirettamente, la rilevanza delle unioni di fatto, attraverso l'unicità del rapporto di filiazione e il sistema unitario delle regole sull'esercizio della potestà. Sotto quest'ultimo profilo, la recente riforma, diversamente da quella precedente del 1975, ha elaborato una parte generale della filiazione, modificando l'intitolazione del titolo IX in «Della potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio».

Il nuovo art. 315-*bis* c.c. prevede, nei primi due commi, taluni diritti del figlio a prescindere dalla sua condizione di maggiorenne o di minorenne e dall'essere nato all'interno o fuori dal matrimonio. Nel comma 4, invece, si codifica il diritto del minore «di essere ascoltato in tutte le questioni[65] e le procedure che lo riguardano», se egli ha capacità di discernimento[66].

Il matrimonio, se da un lato perde la prerogativa di essere alla base della filiazione e della parentela, dall'altro, diviene meno impermeabile alla presenza del figlio riconosciuto. La rinnovata disciplina dell'inserimento di quest'ultimo nella famiglia dell'uno o dell'altro genitore sposato è stata ispirata dall'unicità dello stato di figlio (art. 252 c.c.). Il legislatore delegato dall'art. 2 let. e) legge 219/2012 dovrà eliminare ogni previsione di consenso da parte di altri soggetti, «demandando *esclusivamente* al

[60] Quest'ambito è stato oggetto di una delega al Governo, il quale dovrà adeguare la «disciplina delle successioni e delle donazioni al principio di unicità dello stato di figlio, prevedendo, anche in relazione ai giudizi pendenti, una disciplina che assicuri la protezione degli effetti successori riguardo ai parenti anche per gli aventi causa del figlio naturale premorto o deceduto nelle more del riconoscimento e conseguentemente l'estensione delle azioni di petizione di cui agli articoli 533 e seguenti del codice civile» (art. 2 let. l. legge n. 219/2012).

[61] L. LENTI, *op. cit.*, 201 ss., ma si veda anche M. Bianca, *L'eguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2012*, cit., 4 ss.

[62] Corte EDU, 13.6.1979, *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74, in www.echr.coe.int., argomenta sia dall'art. 8 Cedu che dall'art. 14 Cedu. Il primo non distingue tra una famiglia legittima e un'altra illegittima. Il secondo, nel godimento dei diritti e delle libertà previsti dalla Convenzione, vieta discriminazioni fondate sulla nascita. Il caso riguardava, tra l'altro, il problema della parentela naturale.
Più in generale sul principio della parità tra figli nati nel o fuori dal matrimonio cfr.: Corte EDU, 18.12.1986, *Johnston e altri c. Irlanda*, n. 9697/82; Corte EDU, 28.10.1987, *Inze v. Austria*, n. 8695/79; Corte EDU, 29.11.1991, *Vermeire v. Belgio*, n. 12849/87; Corte EDU, 1.5.2000, *Mazureck v. France*, n. 34406/97, tutte in www.echr.coe.int.

[63] M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir*., 2013, 3, 233.

[64] A. FIGONE, *Parentela e affinità*, in *Famiglia e matrimonio*, tomo I, *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto*, cit., 224, rileva come parentela e affinità siano due specie di vincoli familiari. Ma allora si deve ritenere che se il figlio nato fuori dal matrimonio entra a far parte della famiglia estesa dei genitori conviventi per effetto della legge n. 219/2012, anche la convivenza *more uxorio* con prole è una famiglia. Inoltre non si può certo affermare che non si crei alcun legame giuridico tra i conviventi, poiché, come vedremo, sia la legislazione di settore che la giurisprudenza hanno esteso al convivente diritti e talvolta - sottolinea l'Autore - anche obblighi riconosciuti al coniuge. Si aggiunga che ai fini della costituzione e della rilevanza della famiglia fuori dal matrimonio è del tutto incoerente che non operi, come si sa, il vincolo di affinità tra il convivente e i parenti dell'altro convivente

[65] In questo rinnovato quadro normativo, il termine «potestà», incomprensibilmente confermato dalla l. 219/2012, non è adatto a esprimere l'essenza del rapporto genitori-figli che risiede non già nella gerarchia ma nel dialogo costante. L'art. 2 let. h), legge n. 219/2012, prevede che il Governo «*unifi[chi]* le disposizioni che disciplinano i diritti e i doveri dei genitori nei confronti dei figli nati fuori del matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale». A parte la fumosità di questa disposizione laddove riconduce la responsabilità alla potestà, non si capisce perché il legislatore non si sia adeguato ai regolamenti comunitari che, in luogo del sintagma potestà genitoriale, utilizzano esclusivamente l'espressione responsabilità genitoriale. Va detto, però, che lo schema di decreto legislativo che il Governo deve varare entro i primi di gennaio 2014 non utilizza mai il termine potestà. Sulla responsabilità genitoriale nel quadro dei principi europei cfr. M. G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, *cit*., 116 ss.

[66] Il minore ha il diritto di esprimere il suo pensiero su tutto ciò che lo riguardi, sia in un procedimento sia nell'ambito della famiglia, basata o no sul matrimonio. Nelle dinamiche familiari, l'ascolto è funzionale ad assumere una decisione coerente con le «capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni» del figlio (art. 315- *bis*, comma 1, c.c.). Nel solco di una linea di politica del diritto volta a rendere effettiva la capacità di autodeterminazione del minore, la legge n. 219/2012 ha abbassato a 14 anni l'età minima per dare il proprio assenso al riconoscimento (nuovo art. 250, comma 2, c.c.). Quanto, invece, alla capacità di riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio, la legge 219/2012 ha aggiunto alla prescrizione «Il riconoscimento non può essere fatto dai genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età», l'eccezione «salvo che il giudice li autorizzi, *valutate le circostanze* e avuto riguardo all'interesse del figlio». È stata così introdotta la possibilità di derogare al requisito dell'età, tenendo conto, tra le circostanze di cui parla la disposizione, della maturità del minore che intende effettuare il riconoscimento.

giudice la valutazione di compatibilità di cui all'art. 30, terzo comma, della Costituzione»[67].

Questa disposizione agevola la fusione di due famiglie, quella fondata sul matrimonio e quella naturale, legittimando, mediante autorizzazione giudiziale, la convivenza sotto il medesimo tetto dei figli nati da genitori sposati con i figli riconosciuti.

5. La nozione di matrimonio nel diritto europeo e i diritti della coppia omosessuale.

Persone dello stesso sesso chiedono di poter contrarre matrimonio, ma, com'è noto, in Italia tale istituto è riservato soltanto alle persone eterosessuali. Questo dato normativo non deve indurre a liquidare il tema, semplicemente rilevando che vi è un potere discrezionale del legislatore. Discrezionalità non significa assoluta libertà. Il giurista deve contribuire a leggere complessivamente l'ordinamento, per verificare se sia possibile indicare al legislatore una soluzione preferibile, quando non obbligata alla luce della legalità costituzionale.

A tal fine diventa indispensabile indagare quale sia oggi la nozione di matrimonio; nozione che non compare nella Costituzione, nel codice civile né in altre leggi. Eppure si tratta di una questione rilevante, non solo per i riflessi che ha sulla problematica dei soggetti legittimati a sposarsi ma, più in generale, qualora «l'esistenza formale del vincolo si accompagni alla mancata volontà di dar vita alla sostanza del rapporto coniugale»[68].

Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria[69], l'essenza del matrimonio starebbe non già nel diritto di generare[70] e nell'obbligo di mantenere la prole (*bonum prolis*), ma nella volontà comune di vivere una vita in «comunione spirituale e materiale» (*consortium totius vitae*), la cui sopravvenuta mancanza è, per l'appunto, presupposto dello scioglimento dell'unione (art. 1 l. n. 898/1970). Il matrimonio - com'è stato scritto - «diviene significante nella prospettiva del rapporto»[71].

Questa impostazione consentirebbe un parallelo con la convivenza *more uxorio*, giacché è innegabile che un progetto di vita in comune possa esistere anche tra persone dello stesso sesso. Si giustificherebbe allora una legge che estendesse il matrimonio alla coppia omosessuale.

Occorre, tuttavia, un approfondimento sul contenuto essenziale del matrimonio, da svolgersi nella cornice giuridica europea, giacché «ciascun ordinamento nazionale va letto come ordinamento europeo»[72]. Qui si ha la conferma che non siamo davanti a un fatto naturale, ma a un istituto condizionato dagli sviluppi della società e del costume. Neppure il profilo dei soggetti legittimati a sposarsi sfugge all'evoluzione sociale e giuridica del matrimonio[73]. Vi sono, infatti, indici normativi che paiono legittimare, in prospettiva *de iure condendo*, l'introduzione del matrimonio *same sex*. Su questi ci soffermeremo tra breve, argomentando dai principi costituzionali, arricchiti dalla dimensione sovranazionale di legalità[74] (art. 117 Cost.) in una rete di fonti del diritto[75].

---

[67] Già autorevole dottrina aveva rilevato come non fosse condivisibile il punto di equilibrio espresso dall'art. 251 c.c. tra il diritto del figlio naturale a sviluppare al meglio il rapporto educativo, convivendo col genitore, e il diritto dei membri della famiglia legittima a salvaguardare la coesione e l'armonia spirituale della famiglia. Si criticava soprattutto la previsione del consenso dei figli legittimi (G. FERRANDO, voce *Filiazione. Rapporto di filiazione*, cit., 6).

[68] G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, cit., 315.

[69] F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, cit., 159 ss., argomenta sulla natura negoziale del matrimonio, spingendosi ad inserire quest'ultimo nell'ambito contrattuale. G. FERRANDO, *op. ult. cit*., 315-316, a sostegno della ricostruzione esposta nel testo, richiama la giurisprudenza sulla separazione di fatto e sulla riconciliazione. La separazione di fatto si ha non in forza del solo venir meno della coabitazione, ma in conseguenza della cessazione della comunione materiale e spirituale. All'opposto, la riconciliazione postula la ripresa non già della semplice coabitazione, ma della comunione di vita.
L'Autrice ricorda altresì come anche con riferimento alle ipotesi in cui si preveda la coabitazione quale causa di improcedibilità dell'azione di invalidità del matrimonio, per coabitazione si intenda la istituzione della comunione materiale e spirituale (artt. 119 ult. co., 121 ult. co. e 122 ult. co. c.c.).

[70] Nell'Assemblea costituente vi fu accordo sulla scelta di non prevedere nella Costituzione che la famiglia abbia quale finalità la procreazione o altri fini preminenti [(«prosperità materiale e solidità morale della nazione» o, in latra versione «del popolo italiano»), Seduta 30.10.1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., 632 ss.].

[71] V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ*., 1990, 159 ss; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, cit., 9-10. Se «il fulcro gravitazionale di ogni valutazione si è spostato sul rapporto, cioè del concreto ed effettivo sistema di vita così come realmente praticato e attuato dai suoi protagonisti in senso conforme alla funzione» promozionale della persona, si apre alla rilevanza del rapporto di convivenza omosessuale.

[72] N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., 4.

[73] P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 14, rileva come, alla luce del disegno costituzionale della famiglia, «non esista, circa l'evoluzione dell'idea di famiglia, orizzonte che non possa sfrangiarsi, man mano che socialmente acquistano consistenza e legittimazione nuove modalità di relazione familiare».

[74] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 561, sottolinea l'importanza del canone non solo sistematico (funzionale all'unitarietà dell'ordinamento) ma anche assiologico, in ragione del quale «i valori costituzionali, comunitari e internazionali vivacizzino e rendano attuali singole norme o complessi di norme che non possono non essere lette e interpretate sempre, anche se apparentemente chiare». Più di recente

Prima però va ricordata la ferma opposizione al matrimonio omosessuale di una corrente di pensiero[76] che muove da una consolidata e ultra millenaria nozione di matrimonio come unione tra uomo e donna[77]. In verità questa pretesa stabilità concettuale dell'elemento della diversità dei sessi è stata messa in crisi dal diritto comunitario e da quello convenzionale. Anche l'introduzione in diversi Stati europei[78]del matrimonio tra persone dello stesso sesso comprova la mutevolezza dell'istituto in parola.

Il formante normativo europeo ingenera la percezione di un deciso cambiamento culturale che emerge dal confronto tra due norme. È noto che, ai sensi dell'art. 12 Cedu, la titolarità del «diritto di sposarsi e di fondare una famiglia» spetta agli uomini e alle donne gli uni con le altre. Secondo l'interpretazione originaria, la costituzione della famiglia andava intesa non già come diritto autonomo, ma quale conseguenza dell'esercizio del diritto di sposarsi. Chiarissimo era l'intento di tutelare il modello tradizionale di famiglia fondato sul matrimonio.

L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, invece, da un lato ha eliminato ogni riferimento al genere maschile e femminile, stabilendo che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»; dall'altro ha previsto due diritti diversi, disgiunti l'uno dall'altro, senza alcuna gerarchia tra loro[79]. Ciò nonostante non si può saltare alle conclusioni, giacché la previsione dei due diritti, come chiariscono le «Spiegazioni»[80], non impone agli Stati dell'Unione di introdurre il matrimonio tra persone dello sesso[81]. Come si diceva all'inizio del

altri Autori sono tornati sull'argomento del rapporto tra Costituzione e diritto privato. C. SALVI, *Codice civile e costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2012, 1, 31 ss., sottolinea come i principi costituzionali e il nuovo sistema delle fonti abbiano ampliato le tecniche interpretative e favorito l'evoluzione della proprietà privata, del rapporto obbligatorio e della responsabilità civile. Siamo passati, constata E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ*., 2012, 5, 644, da un «sistema completo e conchiuso, decifrabile soltanto secondo i canoni dell'interpretazione logica e sistematica (…) ad un metodo assiologico ispirato a valori positivi calati nella concretezza della storia». Ma ecco il punto che interessa più da vicino il nostro discorso: i valori costituzionali non sono immobili, ma il loro significato si modifica con l'evoluzione sociale e con il contatto con la fattualità. Ne consegue la centralità dell'interprete, il quale, nell'atto interpretativo, completa il processo formativo della norma con l'obiettivo di farla calzare al meglio al fatto da regolare. L'argomento assiologico è funzionale ad interpretare la regola, ma anche a spingere il legislatore ad introdurre una nuova disposizione. Ma allora la «famiglia come società naturale» (art. 29 Cost.), il principio personalista (art. 2 Cost.), la «pari dignità sociale» (art. 3 Cost.) potrebbero offrire una base giuridica per spingere il legislatore ad introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso. E ciò non solo in considerazione di tali principi, ma anche dell'evoluzione della nozione di matrimonio sui cui ci soffermeremo subito nel testo.
Salvi e Navarretta non nascondono la crisi che sta attraversando la fonte primaria, se non addirittura la disapplicazione della stessa in conseguenza della normativa europea. Non è il caso di aggiungere dettagli se non sottolineare, col pensiero di Paolo Grossi, che è la complessità del paesaggio giuridico ad avere non tanto fatto indietreggiare la nostra Costituzione rispetto a certi temi, quanto piuttosto ad aver reso più complesso il mestiere di giurista, il quale deve spesso trovare difficili equilibri.

[75] P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 77.

[76] Vedremo come la Corte costituzionale non abbia condiviso i dubbi di costituzionalità di alcune norme del codice civile nella parte in cui non consentono a due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

[77] La diversità di sesso è presente nella definizione di matrimonio di Ulpiano - «*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt coniubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*» - nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 16 par. 1) e nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 23 par. 2). Ma questa considerazione non appare decisiva se si considera che il comune sentire sociale può mettere in discussione istituti anche di lunghissima tradizione, ristrutturandoli nei loro tratti essenziali. E quando ciò accade, il diritto, se non vuole smarrire la sua funzione di ordinamento della società (così Santi Romano), deve essere pronto a tradurre il cambiamento in disposizioni giuridiche. Il diritto privato, ad esempio, ha preso le distanze dall'idea di matrice giudaico-cristiana secondo cui il matrimonio sarebbe naturalmente volto alla procreazione. È senz'altro debole ritenere che l'espressione «società naturale» dell'art. 29, comma 1, Cost. debba intendersi come luogo della procreazione. Basti rilevare che l'impotenza (anche solo *coeundi*) non è causa d'invalidità del matrimonio, salvo che essa sia stata oggetto di errore da parte dell'altro coniuge che ignorava tale condizione del futuro sposo (art. 122 c.c.). È pienamente legittimo un matrimonio celebrato sulla base dell'accordo di non avere figli. È, invece, illecita l'omessa informazione circa la propria condizione d'impotenza, tanto da ledere un diritto inviolabile altrui (Cass., 10.5.2005, n. 9801, in *Fam. e dir*., 2005, 4, 365, con nota di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione*). Ne consegue che il matrimonio ha una finalità solo potenzialmente e non già essenzialmente procreativa.

[78] Di recente la Francia con la legge n. 344/2013 ha consentito alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio e di adottare. Altri paesi europei avevano già previsto il matrimonio *same sex*: Spagna, Portogallo, Belgio, Paesi Bassi, Danimarca, Svezia, Norvegia e Islanda.

[79] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 293; G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., 139.

[80] Le Spiegazioni, come si afferma nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'art. 57, comma 7, della Carta, devono essere tenute in debito conto dai giudici dell'Unione e degli Stati membri nell'interpretazione della Carta (cfr. anche art. 6, par. 1 comma 3, TUE).

[81] L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali contiene un testo più vicino alla realtà sociale rispetto a quello contenuto nell'art. 12 Cedu. Esso ha inteso riferirsi anche a quelle legislazioni nazionali che riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'art. 9 non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Il diritto di sposarsi è quindi «simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione lo preveda».

paragrafo, sul punto vi è un potere discrezionale del singolo Stato.

Vi è però un fatto nuovo: l'Europa non accoglie più un'unica nozione di matrimonio. Lo confermano altre disposizioni della Carta dei diritti e della Cedu che prevedono il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a non essere discriminati in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale[82]. Esse addensano qualche ombra sulla scelta del legislatore italiano di riservare il matrimonio solo alle persone di sesso diverso[83]. Anche secondo la nostra Costituzione il «sesso» e le «condizioni personali» (cui va ricondotto l'orientamento sessuale) non possono fondare un diverso grado di «dignità sociale» di certe persone (art. 3, comma 1).

In forza di questo quadro normativo[84], non è del tutto agevole giustificare l'esclusione dell'omosessuale dall'esercizio di un diritto fondamentale qual è quello di sposarsi, precludendogli di svolgere pienamente la propria personalità, identità[85] (art. 2 Cost.) e libertà (art. 13 Cost.).

Ma nonostante le norme richiamate, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la scelta italiana di concepire il matrimonio soltanto tra uomo e donna sia pienamente legittima[86]. Essa soggiunge, però, che nel concetto di «formazione sociale» vi rientra anche l'unione omosessuale stabile (art. 2 Cost.)[87]. A quest'ultima «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»[88].

Tale riconoscimento, precisa la Consulta, pur esigendo una normativa che regoli i diritti e i doveri dei componenti della coppia, non deve necessariamente esprimersi attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. Se, tuttavia, come sembra prevedibile, il Parlamento non dovesse legiferare - è sempre la Corte a parlare - «resta riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», com'è già accaduto per la coppia di fatto eterosessuale cui la Consulta ha esteso taluni diritti previsti per il rapporto di coniugio[89].

Emerge, quindi, la rilevanza della convivenza tra persone dello stesso sesso e l'esigenza di valutare, volta per volta, la riconoscibilità di diritti. Ammettere la possibilità di un trattamento della coppia omosessuale omogeneo rispetto a quello previsto per la coppia coniugata, significa, inequivocabil-

[82] Cfr. gli artt. 7 (*Rispetto della vita privata e della vita familiare*), 9 (*Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*) e 21 (*Non discriminazione*) della Carta dei diritti fondamentali UE, nonché gli artt. 8 (*Diritto al rispetto della vita familiare*), 12 (*Diritto al matrimonio*) e 14 (*Divieto di discriminazione*) della Cedu.

[83] Non è di questo avviso L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1131, secondo il quale: «non può sfuggire che il matrimonio vale a connotare un'esperienza di vita nella sua complessità e totalità, laddove la discriminazione viene in considerazione con riferimento a specifici e ben individuati interessi».

[84] Cui vanno aggiunte diverse risoluzioni delle istituzioni europee che invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che precludono il matrimonio alle coppie omosessuali, ovvero a riconoscere a tali coppie istituti equivalenti (cfr. Risoluz. Parlamento europeo dell'8.2.1994, sulla *parità dei diritti delle persone omosessuali*, del 16.3.2000, sul *rispetto dei diritti umani nell'Unione europea*, del 14.7.2001 e del 4.9.2003 sempre sul tema dei diritti degli omosessuali e delle unioni tra gli stessi).

[85] D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 140-143.

[86] Corte Cost., 15.4.2010, n. 138 (rel. A. Criscuolo), in *Fam. pers. succ*., 2011, 3, 179, con nota di F. R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. e dir*. 2010, 7, 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, dichiara per un verso inammissibile e per l'altro non fondata la questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che precludono il matrimonio tra persone del medesimo sesso. Inammissibile perché, come si diceva *supra* nel testo, la Costituzione, la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali non vincolano il legislatore dei vari Stati ad introdurre il matrimonio tra gli omosessuali. Non fondata perché negare il diritto di sposarsi alla coppie *same sex* non viola né il principio di uguaglianza rispetto a chi ha cambiato sesso, né quello di irragionevole discriminazione «in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute [dalla Consulta] omogenee al matrimonio». Perché, a dire della Consulta, l'art. 29 Cost., sebbene soggetto come tutti i principi costituzionali a nuove interpretazioni scaturenti dall'evoluzione della società e dei costumi, postula, all'epoca dell'Assemblea Costituente, l'idea del matrimonio tra persone di sesso diverso. Ora, si legge nella sentenza, «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una mera rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretava, bensì di procedere ad una interpretazione creativa». In sostanza la Consulta rimanda la decisione al potere politico, il che se per un verso esprime equilibrio e rispetto del principio della divisione dei poteri, per altro verso si espone alla seguente considerazione critica. Nell'ottica del più ampio pluralismo e della più lata inclusione sociale garantite dalla Costituzione, il principio di uguaglianza dovrebbe far ritenere illegittima l'esclusione di un soggetto dal matrimonio solo in ragione dell'omosessualità.

[87] P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1988, 40, è stato tra i primi a rilevare che tutte le formazioni sociali acquistano valore costituzionale «se rispond[ono] alla funzione del libero sviluppo della persona umana». Qual è allora il valore delle unioni omosessuali? Secondo la Consulta il legislatore non è tenuto a equiparare tali unioni al matrimonio. Ma se l'unione omosessuale stabile ha «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», appare dubbia un'operazione legislativa che precluda il matrimonio, prevedendo soltanto taluni diritti e doveri modellati (ma ben distanti) da quelli derivanti dal matrimonio.

[88] Corte Cost., 15.4.2010, n. 138, cit., al punto 8.

[89] Corte Cost., 15.4.2010, n. 138, cit., conclude sul punto rilevando come possa «accadere ...che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».

mente, negare una «incompatibilità assoluta tra il modello del matrimonio tradizionale e quello dell'unione omosessuale»[90].

Questa parte della pronuncia è senz'altro apprezzabile. Invece, l'accento posto dalla Corte Costituzionale sulla non necessità di equiparare le unioni omosessuali a quelle eterosessuali fondate sul matrimonio non convince del tutto. Quest'affermazione sarebbe condivisibile ove la coppia di fatto omosessuale (al pari di quella eterosessuale) non intendesse contrarre matrimonio. Se invece persone dello stesso sesso chiedessero di contrarre matrimonio, si affaccerebbe (a fronte del nostro divieto) il dubbio di compatibilità con i principi sopra esposti di uno statuto differente rispetto a quello dei coniugi[91]. Anche perché - è bene ripeterlo - secondo il diritto europeo, il requisito minimo imprescindibile del matrimonio non è più la diversità di sesso.

A tal proposito la Corte EDU, con una significativa pronuncia[92], ha ritenuto necessario, alla luce dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, reinterpretare l'art. 12 della Cedu. Nel senso che: il diritto al matrimonio non deve essere riferito soltanto alle persone di sesso opposto, nonostante la lettera della norma, ma anche a quelle dello stesso sesso. Non vi è perciò alcun contrasto tra l'art. 12 Cedu e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, dovendosi ricavare anche dal primo che il matrimonio non si fonda più sulla diversità di genere[93].

6. *(Segue)* Verso il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Si possono a questo punto indicare le conseguenze del diritto europeo nel nostro ordinamento: 1) l'esistenza del matrimonio prescinde dalla diversità di genere[94]; 2) l'unione omosessuale è una formazione sociale protetta dalla Costituzione.

La prima trova riscontro nella giurisprudenza riguardante la richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio, contratto validamente in un altro Paese europeo, tra persone dello stesso sesso. La Cassazione ha negato la trascrivibilità[95], ma in ragione non più dell'inesistenza del matrimonio[96], bensì della sua inidoneità (molto dubbia) a produrre qualsiasi effetto giuridico in Italia[97]. Que-

[90] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 294.

[91] La coppia omosessuale dovrebbe accontentarsi di sottomettersi alla disciplina prevista per le unioni di fatto, non potendo avvalersi, pur volendo, dell'istituito del matrimonio. Si finirebbe così per sottoporre alla medesima normativa situazioni diverse: quella della coppia eterosessuale che non intende sposarsi e quella della coppia omosessuale che vorrebbe accedere al matrimonio ma è costretta a ripiegare sulla normativa prevista per le convivenze fuori dal matrimonio. Specularmente, si avrebbe un irragionevole trattamento giuridico diverso di situazioni uguali: quella della coppia eterosessuale che vuole e può sposarsi e quella della coppia omosessuale che vuole ma non sposarsi.

[92] Corte EDU, 24 giugno 2010, *causa Schalk e Kopf c. Austria*, in www.echr.coe.int., affronta, per la prima volta, la questione dell'esistenza del diritto di due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio. Il caso era il seguente: due cittadini austriaci di sesso maschile avevano chiesto all'ufficio competente di adempiere alle formalità richieste per contrarre matrimonio e, a fronte della reiezione della richiesta, avevano dedotto in giudizio di essere stati discriminati in violazione degli artt. 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Cedu in relazione all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare). La Corte EDU ha ritenuto, all'unanimità, che non vi era stata alcuna violazione dell'art. 12 né, a maggioranza, dell'art. 14 con riferimento all'art. 8.

[93] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 292, rileva come l'attenzione dell'Unione europea ai diritti favorisca il superamento della «politica del disgusto» a beneficio della politica dell'umanità. Egli afferma che «nell'orizzonte disegnato dalla Carta europea dei diritti fondamentali la diversità di sesso non è più un connotato di alcuna forma di organizzazione dei rapporti interpersonali». A questo esito ha contribuito l'interpretazione dell'art. 12 Cedu sopra riportata, interpretazione che si muove nella logica del valore sistemico e non frazionato di quelle norme che, nel porre diritti fondamentali, appaiono in potenziale conflitto tra loro (cfr. Corte Cost., 28.11.2012, n. 264, in *Foro it. on line*). Sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità verso una visione sistemica della tutela dei diritti dell'ordinamento integrato cfr. E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, 25.1.2013, in www.cortedicassazione.it (prima presidenza), 18 ss. Visione sistemica significa, nelle parole di Lupo, «la considerazione dell'ordinamento nel suo complesso, quale frutto della sinergie fra norme (interne e sovranazionali) e Corti (interne e sovranazionali)».

[94] L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1128, ricorda, citando Nicolò e Filanti, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso era adoperato come esempio di negozio giuridico inesistente.

[95] Cass., 15.3.2012, n. 4184, in *Nuova giur. civ. comm*, 2012, 7-8, 461, con nota di E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *Fam. e dir.*, 2012, 7, 665, con nota di M. GATTUSO, *«Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo* e in *Notariato*, 2012, 5, 504, con nota di E. CALÒ, *Sul matrimonio omosessuale un grand arret della Cassazione: come dovrà comportarsi ora il notaio?*

[96] Così, invece, Trib. Latina, 10.6.2005, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, 411 ss., con nota di P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*; Corte d'App. Roma, 13.7.2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 2, 167 ss., con nota di M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*. Secondo entrambe le pronunce, la diversità di sesso - oltre al consenso delle parti e alla celebrazione - è requisito non già di validità ma di esistenza del matrimonio. Entrambi gli annotatori, pur concordando con la soluzione giudiziale dell'inesistenza, hanno avvertito la necessità di affrontare il problema della coesistenza di soluzioni nazionali diverse sul tema del matrimonio *same sex*.

[97] Cass., 15.3.2012, n. 4184, cit., argomenta che non vi è alcun vincolo per il legislatore italiano di introdurre il matrimonio *same sex* (art. 117, comma 1, Cost.), né per giudice di ordinare all'ufficiale dello stato civile la trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero. Sulla base soprattutto degli

sta precisazione non è insignificante. La Suprema Corte non reputa più la diversità di sesso condizione di esistenza del matrimonio. E ciò indebolisce la posizione di chi è contrario all'estensione del matrimonio agli omosessuali sulla sola base della supposta necessità storico-culturale della diversità di genere[98].

Si aggiunga, sotto un profilo più tecnico, che negare qualsiasi effetto in Italia al matrimonio contratto all'estero non è del tutto coerente con quella giurisprudenza che ordina, contro il diniego della Questura, il rilascio della carta di soggiorno al coniuge omosessuale per motivi di ricongiungimento familiare[99]. Se la motivazione dei giudici si incentra sulla nozione ampia di coniuge, penetrata nel nostro ordinamento, e sul principio di libertà di circolazione del cittadino europeo, non sembrano esservi ostacoli (di ordine pubblico) al riconoscimento del matrimonio estero tra persone dello stesso sesso[100].

La seconda conseguenza sopra riportata dell'unione omosessuale come formazione sociale fa sì che ciascun componente della coppia omosessuale possa adire il giudice, rivendicando un diritto omogeneo a quello assicurato dalla legge al coniuge. In quella sede si valuterà se sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma nella parte in cui non estende al convivente di fatto, anche omosessuale, il medesimo diritto[101].

Alla luce delle cose dette sembrano esservi gli elementi per fare un passo in più rispetto a quello, pur coraggioso, della Corte Costituzionale. Se la Consulta ha aperto all'estensione analogica della normativa matrimoniale alla coppia omosessuale, perché non immaginare, in prospettiva *de iure condendo*, l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso? Anche perché si consideri che, secondo la Corte EDU, l'esercizio della riserva di legislazione nazionale su come garantire il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia (art. 8, comma 2, Cedu) deve essere ragionevole. E lo è se l'intervento normativo salvaguarda valori e interessi

artt. 6, par. 1 comma 2, TUE e 51 della Carta e di una serie di pronunce della Corte di giustizia dell'UE, la Cassazione ricorda il seguente principio: «Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è... che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto; con la conseguenza che tale principio esclude che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione Europea. Alla luce di tali consolidati principi, è del tutto evidente, perciò, che [la questione] oggetto del presente giudizio, risulta del tutto estranea alle materie attribuite alla competenza dell'Unione europea, ed inoltre priva di qualsiasi legame, anche indiretto, con il diritto dell'Unione».
Ebbene, ciò nonostante, la soluzione di negare la trascrizione del matrimonio *same sex*, contratto validamente all'estero, non convince del tutto. Se occorre circoscrivere le ragioni che, in forza dell'ordine pubblico, giustifichino il mancato riconoscimento di situazioni sorte in altri Stati europei, non sembra peregrino ammettere, invece, la trascrizione del matrimonio nel caso in parola. Non fosse altro perché il concetto di ordine pubblico deve essere riletto alla luce della Cedu e della Carta di Nizza (cfr. G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, cit., 144-145 e F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 787, i quali negano che il ricorso all'ordine pubblico possa «dipendere dalla mera circostanza che un ordinamento, quale quello italiano, non abbia ancora previsto una regolamentazione in materia»). A sostegno della trascrivibilità del matrimonio *same sex* contratto all'estero possono trarsi utili spunti da Corte EDU, 28.6.2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, in www.echr.coe.int, in cui lo Stato di Lussemburgo è stato condannato per aver negato l'*exequatur* di una pronuncia resa in altro Stato che disponeva l'adozione in capo a una donna single. Si è tratto argomento da due circostanze di fatto: il provvedimento del giudice nazionale contrastava con l'interesse della minore; si era già, da anni, formata una famiglia di fatto.

[98] La stessa Corte cost., 15.4.2010, n. 138, cit., ha riconosciuto che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione è entrata in vigore, perché *sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali* (corsivo mio)». In altri termini, all'evoluzione sociale di istituti fondamentali può seguire uno sviluppo dell'interpretazione di certi principi della Carta fondamentale. Anche se, soggiunge la Consulta, tale nuova interpretazione «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma [il riferimento è all'art. 29 Cost.)], modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche [come quella del matrimonio *same sex*] non considerati in alcun modo quando fu emanata». Per la Corte, quindi, non si può ritenere che, ai sensi dell'art. 29 Cost., la famiglia fondata sul matrimonio, i cui diritti sono riconosciuti, sia anche quella composta da persone dello steso sesso. Il ragionamento della Consulta non sembra immune da una certa contraddittorietà: da un lato i principi costituzionali sono duttili, dall'altro non vi si possono ricondurre fatti non valutati dal legislatore costituente.

[99] Trib. Reggio Emilia, ord. 13.2.2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 589 ss., con nota di D. FERRARI-D. FIORATO, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce*.

[100] M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, cit., 456, rileva che lo Stato ospitante, nonostante la concessione della carta di soggiorno al coniuge omosessuale, non consente comunque la produzione di effetti al matrimonio di quest'ultimo. La coppia dello stesso sesso, sposata all'estero, è per lo Stato italiano «un'unione stabile tra due persone non unite in matrimonio». Secondo l'Autrice, in forza delle fonti comunitarie, non potrebbe rifiutarsi la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in altro Stato rispetto a quello ospitante.

[101] Secondo Cass., 15.3.2012, n. 4184, cit., dall'esistenza di un potere discrezionale del legislatore sull'introduzione del matrimonio *same sex*, non discende che «le norme convenzionale e comunitaria non spieghino alcun effetto nell'ordinamento giuridico italiano, fintantoché il Parlamento - libero di scegliere, sia nell'*an* che nel *quomodo* - non garantisca [il diritto di sposarsi] o preveda altre forme di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali».

di particolare rilevanza[102], poiché la libertà matrimoniale è un principio fondamentale.

Quale sarebbe questo interesse continuando a negare il diritto di sposarsi agli omosessuali, se non la difesa (ideologica) di una certa concezione del matrimonio? Si dirà che lo Stato è libero di difendere quella concezione del matrimonio radicata nella tradizione culturale della società. È vero, ma è altrettanto vero che se il diritto deve rispecchiare la società, diventa difficile negare con ragione soltanto a talune persone istituti funzionali allo sviluppo della personalità umana; ciò ancor di più quando, per effetto dell'evoluzione della stessa società, si è assistito all'attenuazione della diversità dei sessi nella concezione matrimoniale.

Se così è, si rafforza l'argomento - piuttosto avversato da un'autorevole dottrina[103] -della discriminazione basata sull'orientamento sessuale[104], giacché, in ragione di quest'ultima, si impedisce l'accesso ad un istituto che non contempla più la diversità dei sessi quale requisito della sua esistenza.

La discriminazione permarrebbe, seppur attenuata, ove la legge dovesse riconoscere al convivente omosessuale che avrebbe voluto sposarsi soltanto alcuni diritti, distinguendo così più o meno nettamente il suo *status* da quello del coniuge. Precludere all'omosessuale il matrimonio, obbligandolo ad accettare una condizione giuridica intermedia tra chi è sposato e chi non lo è[105], finirebbe col discriminare una categoria di soggetti[106], a fronte della difesa di una concezione del matrimonio (quella basata sulla diversità di sesso) superata dal diritto europeo.

Da ultimo, se si allarga fugacemente lo sguardo oltre l'Europa, una recente sentenza della *Supreme Court of the United States* si è mostrata sensibile proprio al profilo della discriminazione[107]. Essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge federale che, nel definire il significato delle parole «*marriage*» e «*spouse*», violava il Quinto Emendamento. La definizione legava l'esistenza del matri-

[102] G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, cit., 318, con riferimento al matrimonio dei cittadini stranieri, conclude che la previsione di un certo requisito documentale (art. 116 c.c. come modificato dalla l. n. 94/2009) «sembrerebbe integrare una limitazione non giustificata della libertà matrimoniale in contrasto con i principi costituzionali» (p. 321).

[103] P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, cit., 415, è, invece, di diverso avviso. Egli non ritiene sussistente alcuna discriminazione nel qualificare inesistente il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Piuttosto, soggiunge l'Autore, «una discriminazione potrebbe forse essere effettivamente affacciata ove l'Italia continuasse a non dotarsi di una specifica normativa che consenta pure a persone omosessuali di costituire "unioni" dotate di forme di riconoscimento quali una registrazione o l'acquisizione di uno *status* documentabili del tipo che sono largamente praticate in moltissimi altri Paesi, sia comunitari che extraeuropei». Secondo Schlesinger l'ordinamento è libero di riservare la qualifica di matrimonio soltanto alle coppie bisessuali, come si evince dalla varietà di figure accolte in diversi ordinamenti. Un'altra autorevole dottrina, F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago delle famiglie*, cit., 523, ritiene «destinato all'insuccesso un approccio che «invo[chi] un principio di non discriminazione per denunciare l'illegittimità di una esclusione dal matrimonio dei rapporti sentimentali di queste persone [omosessuali e lesbiche], considerate come minoranze». Non che la relazione tra questi individui debba restare nell'indifferenza del diritto, ma occorre trovare un modello - aggiunge Autore - compatibile «con la loro diversità dalla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Egli suggerisce di guardare alla legge francese sul «*pacte civil de solidarieté*» che, nel rivolgersi ad una variegata gamma di rapporti parafamiliari (è a questi ultimi che, secondo Busnelli, andrebbe ricondotta la convivenza omosessuale) ha saputo coniugare bene autonomia e solidarietà.

[104] M. SESTA, *op. ult. cit*., 171, reputa che all'obiettivo comunitario e internazionale di eliminare le disuguaglianze fondate sull'orientamento sessuale, «difficilmente il nostro legislatore potrà restare indifferente». R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., 1069, muovendo dall'omosessualità come situazione naturale della persona (nel senso di esistente in natura) e dalla realizzazione della propria identità sessuale come «elemento fondamentale dell'affermazione della personalità», sostiene che precludere il matrimonio all'omosessuale «significa assumere l'omosessualità come premessa di un giudizio di valore negativo sulla persona». Ecco che non sembra così debole la posizione di chi fa leva proprio sulla discriminazione per argomentare a favore dell'introduzione del matrimonio tra persone della stesso sesso.

[105] In Italia vi è stato un tentativo di disciplinare lo statuto del convivente stabile, anche dello stesso sesso. Ma il disegno di legge 8.2.2007 intitolato «*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*» (Di.co.), le cui incongruenze tecnico-giuridiche sono state prontamente segnalate dalla dottrina, non ha avuto seguito. Si veda P. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, cit., 914-918, il quale definisce «impropria e artificiosa» l'equiparazione tra convivenze eterosessuali e omosessuali. Gli argomenti a sostegno di tale affermazione (p. 919) non convincono appieno, poiché l'impossibilità di procreare per la coppia omosessuale (addotto a fatto che esige di differenziare la disciplina giuridica) non vale a diversificare quest'ultima dalla coppia eterosessuale. Piuttosto entrambe le coppie hanno in comune il fondamento della convivenza, ossia la volontà comune di realizzare una comunione materiale e spirituale.

[106] F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, cit., 775, rilevano esattamente che in Francia, prima dell'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la dottrina obiettava che risolvere con il PACS il fenomeno delle unioni omosessuali determinava un trattamento discriminatorio di queste ultime.

[107] Supreme Court U.S., June 26, 2013, no. 12-307, *United States v. Edith Schlain Windsor*, in www.supreme.justitia.com. Il caso trae origine dal rifiuto opposto al coniuge superstite della «*estate tax exemption for surviving spouses*». Il rifiuto era basato su una legge del Congresso, intitolata «*Defence of Marriage Act*» (c.d. DOMA), che discriminava le coppie omosessuali sposate rispetto a quelle eterosessuali coniugate. Le prime erano destinatarie, in diversi ambiti, di una disciplina di sfavore, tanto da rappresentare un vero e proprio «*second-class marriage*». Scopo della legge era infatti disincentivare i singoli Stati ad ammettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso (cfr. *amplius* la sez IV della sentenza). Ma in tal modo si finiva da un lato col condizionare, indebitamente, il potere sovrano degli Stati di disciplinare in materia di matrimonio e, dall'altro, col disapprovare un'intera categoria di persone (gli omosessuali).

monio e della qualità di coniuge alla necessaria presenza nella coppia di entrambi i sessi.

Secondo la *Supreme Court*, la legge federale, attraverso una disciplina di netto sfavore su diversi aspetti pubblici e privati della vita matrimoniale e familiare tra omosessuali, determinava due conseguenze. Da un lato induceva i singoli Stati a non prevedere il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Dall'altro, nello Stato che legittimamente lo avesse consentito (come, nella specie, il Canada), si sarebbe determinato un contrasto tra legge federale e legge statale. In forza della prima era come se il matrimonio *same sex* non fosse esistito, divenendo «*unworthy of federal recognition*».

Il caso specifico, al di là del conflitto tra Congresso e potere legislativo del singolo Stato, pone in luce il dovere di non creare «*disability on the class*», di non discriminare un'intera categoria di persone, precludendo l'applicazione di un istituto, qual è il matrimonio, o consentendola con evidenti *deminutiones* di diritti e facoltà.

7. Coppia omosessuale, affidamento condiviso e affidamento familiare.

La rilevanza della convivenza stabile tra persone dello stesso e, in prospettiva *de iure condendo*, l'introduzione del matrimonio *same sex* pongono il delicato interrogativo dell'adozione. Ci si chiede se quest'ultima possa o debba essere estesa anche alle coppie omosessuali, sposate o conviventi *more uxorio*. La risposta non è agevole ed esige l'apporto di altre scienze. Ma non siamo su un terreno del tutto rimesso a una politica legislativa, illuminata dal metodo interdisciplinare. Il giudice deve sempre più spesso dirimere questioni che postulano una valutazione sull'opportunità della crescita di un minore in una nuova famiglia composta da soggetti dello stesso sesso.

Se ne segnalano, in particolare, due, emerse nella giurisprudenza interna ed europea: 1) se in sede di separazione giudiziale possa disporsi l'affidamento condiviso o esclusivo del figlio minore al genitore omosessuale convivente con una persona del proprio sesso; 2) se sia ammissibile l'adozione a favore del *partner* del genitore omosessuale con cui si convive.

I dubbi si giustificano in ragione del principio della prevalenza dell'interesse del figlio nelle situazioni di conflitto con altri diritti o interessi. In tali casi la legge n. 219/2012, più volte ricordata, ha cura di esplicitare come l'ago della bilancia sia rappresentato proprio da detto interesse[108]. Non solo: le fonti sovranazionali adoperano l'espressione «*best interest of the child*», quale primario risultato da perseguire, sotteso a qualsivoglia azione o istituto riguardante il minore come l'adozione[109]. Orbene, se si assume che crescere con due persone dello stesso sesso sia (o possa essere) dannoso per il minore, si dovrebbe, conseguentemente, impedire siffatto contesto di vita comune.

Ecco l'esigenza di ascoltare la voce di altre scienze; ma tornando più da vicino alla prima questione sopra esplicitata, va premesso che l'affidamento condiviso è ritenuto dal legislatore il provvedimento che, astrattamente, meglio soddisfa il diritto del minore «di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno [dei genitori] ...» (art. 155, comma 1, c.c.). L'art. 155, comma 2, c.c. stabilisce, infatti, che il giudice «valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori (..)». Egli, se intende disporre l'affidamento ad uno solo dei coniugi, deve indicare espressamente i motivi in forza dei quali «l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore» (art. 155-*bis*, comma 1, c.c.).

Nel caso in esame occorre allora stabilire se la convivenza omosessuale stabile di un genitore sia di per sé motivo sufficiente per negare l'affido condiviso o, più verosimilmente, la domiciliazione prevalente del minore presso tale genitore. Se si risponde positivamente, non può sfuggire la necessità che si

[108] L'art. 250 c.c., in parte riscritto dalla legge 219/2012, conferma che il consenso al secondo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio non può essere negato qualora esso risponda «all'interesse del figlio». Nel valutare quest'ultimo è particolarmente rilevante l'opinione del minore qualora, sebbene non abbia compiuto 12 anni, sia capace di discernimento (co. 4). Questa disposizione valorizza la capacità di chi non è ancora maggiorenne di fare da sé il proprio interesse. Parimenti può dirsi con riguardo al nuovo comma 2 dell'art. 250 c.c. che ha abbassato da 16 a 14 anni l'età in cui il figlio acquista la capacità di negare l'assenso al riconoscimento, precludendone così, inevitabilmente, ogni effetto. L'interesse del figlio è richiamato ancora una volta per orientare la decisione del giudice in tema di autorizzazione al riconoscimento del figlio incestuoso (art. 251 c.c. modificato dalla l. n. 219/2012).

[109] Si confronti: *Convention on the rights of the child*, adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20.11.1989 ed entrata in vigore il 2.9.1990, artt. 3 e 21; *European Convention on the adoption of children*, del 1967, rivisitata nel 2008, aperta alla sottoscrizione l'1.9.2008, entrata in vigore l'1.9.2011, (non sottoscritta dall'Italia), artt. 4, 7 e 11. In particolare l'art. 7 par. 2 di quest'ultima Convenzione prevede la libertà degli Stati di estendere l'ambito dell'adozione alle coppie dello stesso sesso, i cui componenti siano sposati l'uno con l'altro ovvero che abbiano provveduto alla registrazione. Tale libertà viene riconosciuta anche con riguardo alla convivenza stabile *more uxorio* sia tra soggetti eterosessuali che omosessuali. Emerge, quindi, come la diversità di sesso non sia più considerato un carattere imprescindibile dell'esistenza del matrimonio né della famiglia.

apra la tutela (art. 343 c.c.), qualora l'altro genitore sia ritenuto inidoneo all'esercizio della potestà!

Una recente sentenza offre spunti alla riflessione. È giunta in Cassazione una vicenda in cui la madre conviveva con un'altra donna e il padre, uomo violento, si opponeva alla richiesta di affido esclusivo[110]. È stata confermata la decisione della Corte d'appello, favorevole all'affidamento esclusivo alla madre, essenzialmente perché il ricorrente non aveva indicato e provato alcuna ripercussione negativa della convivenza omosessuale sul piano educativo e della crescita del bambino. Si lègge nella pronuncia che «alla base della doglianza del ricorrente *non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza*, bensì il *mero pre-giudizio* che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino».

In sostanza l'inserimento del minore in una famiglia costituita da una coppia omosessuale viene equiparato dai giudici, salvo prova del pregiudizio, a quello in una famiglia basata sulla coppia eterosessuale[111]. Ma la motivazione, secondo un Autore[112], non convince alla luce del principio del superiore interesse del minore e della disciplina dell'affido condiviso. Le corti del merito avrebbero dovuto valutare l'incidenza sulla crescita del minore della dichiarata omosessualità della madre e dell'atteggiamento violento del padre.

Nel nostro quadro di riferimento entra, tuttavia, anche il diritto del minore di «essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori»[113] e di restare nella propria famiglia (art. 315-*bis* c.c., art. 1 l. adoz. n. 184/1983, art. 30 Cost.). Da tale punto di vista, non sembra legittimo che tale diritto soccomba se non vi è (ragionevole) certezza del pregiudizio che cagionerà il crescere in una famiglia composta dal genitore omosessuale e dal *partner* di quest'ultimo. È una valutazione da fare caso per caso, senza trarre conseguenze necessitate e aprioristiche dall'omosessualità[114].

Appare allora corretta la decisione della Cassazione, secondo cui è il genitore che si oppone all'affido esclusivo a dover dimostrare la dannosità per il figlio minore della convivenza con l'altro genitore omosessuale.

Se questo è il modo esatto di ragionare, non vi sono ostacoli neppure all'affidamento familiare[115] del minore disposto ai sensi dell'art. 4 l. adoz. ad una coppia dello stesso sesso. Non si può dubitare che la coppia omosessuale stabile dia luogo ad una «famiglia», condizione, questa, richiesta dall'art. 2, comma 1, l. adoz., dell'affidamento[116].

A sostegno si possono addurre due argomenti. Il primo: la normativa di riferimento non esclude che affidatario possa essere il nucleo familiare composto da persone dello stesso sesso. È necessario e sufficiente che vi sia un contesto tale da garantire lo svolgimento di tutti i doveri previsti nei confronti dei figli (art. 5 l. adoz.). Tant'è che anche una per-

[110] Cass., 11.1.2013, n. 601 (rel. C. De Chiara), in *Fam. e dir*., 2013, 6, 570 ss., con nota di F. Ruscello, *Quando il pregiudizio...è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*. Nel reclamo l'appellante «insisteva per l'affidamento condiviso non avendo il Tribunale valutato il contesto familiare in cui vive il minore e le ripercussioni sul piano educativo e della crescita del medesimo derivanti dal fatto che la madre, ex tossicodipendente, aveva una relazione sentimentale e conviveva con una ex educatrice della comunità di recupero in cui era stata ospitata».

[111] Secondo Corte EDU, 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, n. 33290/96, in*www.echr.coe.int*., viola l'art. 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) Cedu, il rifiuto da parte delle Corti domestiche di affidare il figlio minore al padre biologico sulla base dell'orientamento sessuale di quest'ultimo.

[112] F. Ruscello, *op. cit.*, 575-576, critica la sentenza della Cassazione sotto entrambi i profili indicati nel testo. In effetti ritenere, come la Suprema Corte, che la dannosità della convivenza del figlio minore con una coppia omosessuale si fondi su un pregiudizio è, comunque, frutto di una valutazione, anch'essa *a priori*, ma che non verifica affatto l'interesse del minore. Interesse che, invece, informa in via esclusiva sia l'affido condiviso che esclusivo. La Cassazione, in definitiva, applica i principi dell'onere della prova, i quali, come osserva l'Autore, in ambito familiare, non sempre sono forieri di buoni risultati.

[113] Corte cost., 23.2.2012 n. 31, in *Fam. e dir*., 2012, 5, 437 s., con nota di E. Chicco, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p. nella parte in cui dispone l'applicazione automatica della sanzione accessoria della perdita della potestà (*rectius*: responsabilità) genitoriale. Tale mero automatismo, escludendo ogni valutazione caso per caso dell'applicabilità della sanzione *de qua*, contrasta con il principio dell'interesse superiore del minore.

[114] L. Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra «pregiudizio» e interesse dei figli*, in *Corr. giur*., 2013, 7, 895, ritiene che per negare l'affido condiviso occorre provare che il genitore affidatario e il proprio partner tengano condotte potenzialmente pregiudizievoli per il minore. Si tutela così l' «interesse dei figli alla preservazione dei rapporti con i genitori».

[115] L'affidamento familiare, com'è noto, è volto a sostenere temporaneamente il minore, la cui famiglia di provenienza non sia in grado di svolgere i propri doveri. Lo scopo finale è di reinserire il minore stesso nella famiglia di provenienza. Non vi è uno stato di abbandono, ma un transitorio periodo di difficoltà dei genitori naturali. L'istituto non è, pertanto, preordinato all'adozione e si distingue nettamente dall'affidamento preadottivo.

[116] G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2005, 302, ritiene che la famiglia di cui fa menzione l'art. 2, comma 1, l. adoz. ricomprenda non solo la coppia sposata ma anche convivente *more uxorio*.

sona singola può essere affidataria (art. 2, comma 1, l. adoz.)[117].

Il secondo argomento fa leva, invece, sull'evoluzione del concetto di famiglia[118] non più legato all'esistenza del matrimonio e neppure alla diversità dei sessi, come affermato dalla giurisprudenza della Corte Edu e dalla normativa europea su cui ci siamo già soffermati.

È bene comunque ricordare che art. 2, comma 1, l. adoz. attribuisce la preferenza alla famiglia con figli minori. Naturalmente vi potranno essere casi in cui non vi sia alcuna disponibilità da parte di una famiglia con figli, senza smarrire in ogni caso il principio guida della centralità dell'interesse del minore.

8. *(Segue)* Convivenza tra persone dello stesso sesso, adozione e nuove famiglie.

La pronuncia della Cassazione appena ricordata offre l'occasione per chiedersi in primo luogo se sia necessario, pena la violazione del principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, che il legislatore preveda l'adozione da parte di conviventi o di coniugi dello stesso sesso. Necessario sulla base dei vincoli internazionali, se presenti ovviamente. Su questo versante il discorso diviene più complesso e delicato rispetto ai casi, sopra trattati, dell'affidamento al genitore convivente con un *partner* dello stesso sesso a seguito della crisi di coppia e dell'affidamento familiare ai sensi della legge sull'adozione.

Un'altra questione si affaccia: se la legislazione domestica possa prevedere discipline differenziate, sempre in tema di adozione, a seconda che si tratti di *unmarried different-sex couples* o di *unmarried same-sex couples*.

Sulla prima, la Corte EDU, con una recente pronuncia[119], ha confermato che né l'art. 12 né l'art. 8 Cedu in correlazione con l'art. 14 Cedu obbligano gli Stati parti ad attribuire alle coppie omosessuali il diritto di adottare. Questi articoli accordano ai legislatori municipali un certo margine di discrezionalità nella scelta dello strumento attraverso cui realizzare i diritti che la Cedu, così come interpretata dalla Corte EDU, riconosce alla coppia omosessuale. I singoli Stati quindi non violano gli artt. 8 e 14 Cedu se non prevedono l'adozione da parte delle coppie omosessuali.

La conclusione non è più così scontata, venendo alla seconda questione, se una legge nazionale dovesse consentire l'adozione ai conviventi *more uxorio* eterosessuali. In tal caso si porrebbe il problema della discriminazione delle coppie omosessuali ai sensi dell'art. 14 Cedu. A tal proposito è utile ricordare talune affermazioni della Corte europea: a) quando una diversità di trattamento è basata sul sesso o sull'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento dello Stato diventa stretto («*narrow*»); b) occorrono ragioni particolarmente serie e convincenti a sostegno della diversità, tanto da rendere necessaria la disposizione; c) differenze basate *solamente* sulla considerazione dell'orientamento sessuale sono inaccettabili nella vigenza della Cedu; d) il trattamento normativo che diversifica deve perseguire uno scopo legittimo e vi deve essere una *ragionevole relazione di proporzionalità* tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare[120].

Necessità e proporzionalità sono, quindi, i due criteri che la Corte EDU utilizza per valutare la legittimità di una legge che neghi un diritto alla coppia omosessuale, riconoscendolo invece a quella eterosessuale.

L'occasione per applicare siffatti principi si è presentata più volte alla Corte EDU con riferimento, in particolare per quanto più ci interessa, all'istituto della *second-parent adoption*. Quest'ultimo prevede la facoltà, per il coniuge o per il convivente *more uxorio*, di adottare il figlio rispettivamente dell'altro coniuge o del convivente. Naturalmente si è posto il problema se tra i legittimati alla domanda di adozione possa o debba figurare anche il convivente omosessuale.

[117] È recentissima la segnalazione su *www.diritto24.ilsole24ore.com.*, di un decreto del tribunale per i minorenni di Bologna con cui è stato reso esecutivo, ai sensi dell'art. 4 l. adoz., l'affidamento di un minore ad una coppia omosessuale disposto dal servizio sociale. Ma già in questo senso Trib. Parma, 2.7.2013, in *www.cassazione.net*, il quale dà atto che, a discapito di ogni pregiudizio, dalla documentazione versata in atti era emersa la piena idoneità della coppia a svolgere il ruolo che compete ai genitori.

[118] Cass. Sez. un., 16.9.2013, n. 21108, in *Foro it on line*, fa rientrare nella locuzione «ogni altro familiare», prevista dall'art. 3 co. 2 let. a) d. lgs n. 30/2007, il minore affidato in kafalah (c.d. pubblicistica) al cittadino italiano. Di conseguenza, deve essere rilasciato il visto d'ingresso per ricongiungimento familiare.

[119] Corte EDU, G*rand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, n. 19010/07, in *www.echr.coe.int* richiama, a conferma, Corte EDU, 24 giugno 2010, *causa Schalk e Kopf c. Austria*, cit. e Corte EDU, 15.3.2012, *Gas et Dubois c. France*, n. 25951/07, in *www.echr.coe.int*.

[120] Molte sono le pronunce sul punto; se ne segnalano solo alcune: Corte EDU, 7.11.2013, *Vallianatos and others v. Greece*, n. 29381/09 and n. 32684, cit.; Corte EDU, 24.7.2003, *Karner c. Austria*, n. 40016/98; Corte EDU, 2.3.2010, *Kozac c. Polonia*, n. 13102/02: Corte EDU, 22.3.2012, *Konstantin Markin c. Russia*, n. 30078/06; Corte EDU, 21.12.1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, n. 33290/96, cit., tutte in *www.echr.coe.int*.

Secondo la Corte EDU[121] la prescrizione legislativa del diritto austriaco che preclude alla coppia omosessuale la *second-parent adoption* deve perseguire, con strumenti proporzionati, uno scopo legittimo[122]. Scopo che, nel caso concreto, non è stato ritenuto dalla Corte europea sufficiente sostegno della diversità di trattamento (da qui la sproporzione del mezzo). Era, infatti, mancata la prova da parte del Governo austriaco che l'esclusione della coppia dello stesso sesso dalla *second-parent tion*[123]fosse essenziale per tutelare la famiglia tradizionale (composta da genitori di sesso diverso) e la prole minorenne.

A questo punto la Corte Edu trae le conclusioni: contrasta con l'art. 14 Cedu[124], unitamente all'art. 8 Cedu[125], consentire la *second-partent adoption* alle coppie eterosessuali non sposate, vietandola a quelle omosessuali conviventi di fatto. Il legislatore austriaco - lo sottolinea bene la Corte Edu - ha violato la Cedu non perché non abbia esteso la *second-partent adoption* alle *unmarried same-sex couple*[126]. La ragione è un'altra: avendo egli consentito tale tipo di adozione alle *unmarried different-sex couples* ha finito col discriminare gli omosessuali, non sussistendo nel caso di specie alcuna ragione legittima a sostegno della diversità di disciplina[127].

[121] Corte EDU, G*rand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit. Nel caso di specie riguardante una *second-parentadoption*, una donna chiedeva di adottare il figlio della propria compagna che ne aveva la custodia esclusiva. Questi tre soggetti vivevano insieme («*in the same household*») da quando il bimbo aveva 5 anni, ed entrambe le donne si erano dedicate alla cura del minore. Esse avevano perfezionato un «*adoption agreement*», sottoposto ai giudici del merito austriaci, in forza del quale, ove questi ultimi avessero autorizzato l'adozione, si sarebbe instaurato il rapporto di filiazione con la compagna della madre, recidendo invece quello con il padre biologico, non quello con la madre biologica. Tuttavia l'art. 182 del codice civile austriaco precludeva questi effetti in quanto, in caso di adozione, cessa la relazione di parentela con il genitore dello stesso sesso di colui che è adottato, mentre permane la medesima relazione con il genitore di sesso opposto.
Secondo i giudici del merito l'accordo di adozione non poteva essere riconosciuto nell'ordinamento austriaco, sia perché il divieto di adottare posto per il *partner* dello stesso sesso del genitore biologico era ragionevole e proporzionato, non basato sul pregiudizio ma «*merely designed to censure that minor children have regular contact with both a female and male parent while they are growing up*», sia perché vi era l'esigenza di proteggere la famiglia nell'accezione tradizionale. La Suprema Corte austriaca conferma la pronuncia d'appello, sostenendo che non vi era alcuna evidenza né che il legislatore tedesco avesse superato il margine di apprezzamento accordato sul tema dalla Corte europea, né che fosse stato violato il principio di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito.

[122] Ad esempio prevedendo il diritto delle persone non sposate di chiedere la *second parent adoption* o la *individual adoption*. In tal caso lo Stato parte non può adottare misure discriminatorie, dovendosi ravvisare altrimenti la violazione dell'art. 14 Cedu collegato con i diritti sanciti dall'art. 8 Cedu, salvo l'esistenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole, grave e persuasiva, che lo Stato intenda realizzare.

[123] Secondo la Corte EDU, G*rand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit., si trattava di una prova, nient'affatto fornita da parte del Governo austriaco. Sono stati piuttosto i ricorrenti a produrre uno studio che dimostrava l'equivalenza, ai fini di uno sviluppo positivo del bambino, della crescita in una famiglia eterosessuale od omosessuale. Nel 2002, invece, la situazione sul punto era diversa. La Corte EDU, 26.2.2002, *causa Fretté c. Francia*, n. 36515/97, in www.echr.coe.int., respinge il ricorso del sig. Fretté, omosessuale che intendeva accedere all'*individual adoption*, soprattutto in ragione della oggettiva incertezza che, sul piano scientifico, caratterizzava la materia dell'adozione da parte del soggetto omosessuale. Allora si pensava in modo più netto di oggi, a causa della limitatezza degli studi sull'argomento, che l'assenza di un modello di alterità sessuale turbasse la psiche del bambino nella crescita. La Corte europea rigetta il ricorso, nonostante che l'art. 343 *code civil* riconosca il diritto di presentare richiesta di adozione a ogni persona, uomo o donna, anche se *single*. L'esclusione del *single* omosessuale è stata ritenuta non in contrasto con la Cedu, perché volta a realizzare uno scopo legittimo - protezione del minore coinvolto nell'adozione - e mediante una misura proporzionata rispetto al fine. *Contra* qualche anno dopo Corte EDU, 22.1.2008, *causa E.B. c. Francia*, n. 43546/2008, in www.echr.coe.int, la quale, con riferimento al caso di una richiesta (respinta dai giudici domestici) di adozione ai sensi dell'art. 343 *code civil* da parte di una cittadina francese, single e omosessuale, ha ravvisato violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 Cedu. Si è argomentato soprattutto dalla previsione legislativa che ammette la *individual adoption*. Da essa si è evinto che l'ordinamento non crede alla necessaria presenza di entrambe le figure genitoriali per un'adeguata crescita del bambino. Si è aggiunto che se il singolo adottante è omosessuale, non era stato provato che il divieto di adottare si basi, in tale ipotesi, su ragioni inequivocabilmente gravi e persuasive. Per una disamina della giurisprudenza francese sul tema dell'adozione da parte del convivente omosessuale del genitore biologico cfr. M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e «terzo genitore»: le esperienze francese e italiana*, cit., 206-209, la quale richiama un'interessante giurisprudenza francese che, sul tema, concede l'*exequatur* a provvedimenti di adozione emessi all'estero.

[124] Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, l'art. 14 Cedu contiene una diposizione che non ha un'esistenza autonoma, bensì complementare rispetto, da un lato, ai diritti e alle libertà che la Convenzione espressamente riconosce, dall'altro, ai diritti e libertà che ciascuno Stato ha deciso liberamente di tutelare (cfr. Corte EDU, 22.1.2008, *caso E.B. c. Francia*, cit.).

[125] La Corte EDU, G*rand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit., riassume così le ragioni in forza delle quail l'esclusione normativa della *unmarried same-sex couple* dalla *second-parent adoption* risulta priva di proporzionalità: «*the existence of the facto family life between the applicants, the importance of having the possibility of obtaining legal recognition thereof, the lack of evidence adduced by the Government in order to show that it would be detrimental to the child to be brought up by a same-sex couple or have two mothers or two fathers for legal purposes, and especially their admission that same-sex couples may be suited for second-parent adoption as different-sex couples*».

[126] Va ricordato che il *Registered partnership act*, entrato in vigore l'1.1.2010, non lo era al momento dei fatti. Tale atto legislativo che consente alle coppie dello stesso sesso di registrarsi stabilisce che i *registered partners* non possono né adottare insieme un bambino (c.d. *joint adoption*) né accedere alla *second-parent adoption*.

[127] Corte EDU, G*rand chamber*, 19.2.2013, *case of X and Others v. Austria*, cit., «*emphasises once more that the present case*

Un ragionamento pressoché identico è stato svolto dalla Corte EDU con riferimento al diritto greco, il quale consente la costituzione dell'«Unione civile» soltanto alle coppie di sesso diverso, escludendo, illegittimamente, dalla fruibilità di tale istituto quelle dello stesso sesso[128].

Orbene, com'è noto, l'accoglimento del ricorso in sede europea non modifica la pronuncia definitiva dello Stato contraente, limitandosi a condannare quest'ultimo a un risarcimento del danno[129]. Tuttavia l'accertata violazione della Cedu dovrebbe indurre il legislatore nazionale a intervenire prontamente sulla normativa vigente per prevenire altre condanne. Ma dalle sentenze della Corte EDU può trarre indicazioni anche uno Stato estraneo alla vicenda giudiziaria. Quali quelle per il legislatore italiano?

Intanto che esso non è tenuto ad accordare alle coppie di fatto omosessuali le stesse tutele e facoltà previste per i coniugi. È legittimo che l'istituto matrimoniale, tutelato dall'art. 12 Cedu, conferisca uno *status* giuridico privilegiato da cui scaturiscano peculiari conseguenze giuridiche e sociali. Piuttosto lo Stato deve avere cura di assicurare alle coppie omosessuali gli stessi diritti che riconosce alle coppie di fatto eterosessuali, pena la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale[130], salvo che vi sia un interesse che renda necessaria la diversità di trattamento.

A tal proposito è stato esattamente affermato[131] che la convivenza omosessuale *more uxorio* non possa essere diversificata da quella eterosessuale sotto il profilo della rilevanza giuridica. Opinare diversamente sarebbe del tutto irragionevole e in contrasto con l'art. 2 Cost. Di conseguenza, si devono tendenzialmente riconoscere al convivente omosessuale quei diritti e facoltà di cui beneficia il convivente *more uxorio* eterosessuale (come ad es. la successione nel contratto di locazione).

Rimangono dubbi sul tema dell'adozione da parte della coppia omosessuale. Qualora si discutesse *de iure condendo* della sua introduzione, occorrerebbe avere, se non la certezza, la ragionevole ed elevata probabilità che non vi sarebbe alcun pregiudizio per lo sviluppo ottimale dell'adottato. Se così fosse, negare l'adozione alle coppie omosessuali integrerebbe una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

Il dibattito, in Italia, non è ancora maturo; dovrebbe proseguire con più intensità, innanzitutto chiedendosi se vi siano ancora ragioni plausibili alla base della costruzione dell'adozione sul modello della coppia sposata, salvo l'ambito particolare e limitato in cui è ammessa l'azione da parte del singolo e della coppia di fatto[132].

In questa sede si può solo rilevare che, forse, la qualificazione della famiglia come formazione sociale non necessariamente fondata sul matrimonio spingerebbe a consentire l'adozione almeno ai conviventi eterosessuali *more uxorio*. Di certo ove il legislatore decidesse in tal senso, egli dovrebbe valutare, in forza delle pronunce della Corte EDU appena esaminate, se vi siano ragioni sufficienti per vietare l'adozione ai conviventi omosessuali *more uxorio*; ciò per evitare di incorrere nella violazione dell'art. 14 collegato con l'art. 8 Cedu.

9. Il divieto della fecondazione eterologa e la questione di legittimità costituzionale.

does not concern the question whether the applicants' adoption request should have been granted in the circumstances of the case. It concerns the question whether the applicants were discriminated against on account of the fact that the courts had no opportunity to examine in any meaningful manner whether the requested adoption was in the second applicant's [*id est*: del figlio della convivente] *interests, given that it was in any case impossible*».

[128] Corte EDU, 7.11.2013, *Vallianatos and others v. Greece*, cit., ritiene non necessaria (rispetto alle finalità che il legislatore intendeva perseguire) la norma della legge n. 3719/2008 che preclude alle coppie dello stesso sesso di dar vita all'unione civile. Si legge al § 85 che «*the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It also must be necessary, in order to achieve the aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons living in homosexual relationship – from the scope of application of the provisions at issue*».

[129] Nel caso di specie, lo Stato austriaco è stato condannato a corrispondere ai ricorrenti la somma di euro 10.000,00, in totale e non cadauno, a titolo di danno non patrimoniale, nonché la somma di euro 28.420,88 per costi, spese e tasse.

[130] Corte EDU, 15.3.2012, *Gas et Dubois c. France*, n. 25951/07, cit., respinge il ricorso - che verteva sul diniego della c.d. *adoption simple* alla convivente della madre genetica della bambina - argomentando dal divieto di tale adozione per le coppie eterosessuali, essendo la stessa consentita solo alle coppie sposate.

[131] L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1125.

[132] L'art. 44 l. adoz. prevede l'adozione in casi particolari. Tra questi vi è anche l'adozione da parte della persona singola non coniugata o dei conviventi *more uxorio* (v. *Sub. art. 44 l. adoz.*, in *Codice dei minori*, a cura di Dogliotti, Figone, Mazza Galanti, Torino, 2009, 506). L'adozione in casi particolari è tornata al centro dell'attenzione con riferimento al problema dell'applicabilità del nuovo art. 74 c.c. anche all'adottato ai sensi dell'art. 44 ss. l. adoz. (cfr. *amplius* P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo* status *di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 8-9, 838 ss.)

Il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, previsto dell'art. 8 Cedu, è stato interpretato in senso ampio dalla Corte EDU. Esso esige per la sua stessa esistenza il riconoscimento della libertà di decidere se avere o meno figli[133]. Questa libertà, quasi ovvia, non implica però un obbligo per gli Stati contraenti di adottare una legislazione sulla fecondazione assistita che consenta ogni tecnica procreativa. Non vi è un diritto assoluto di procreare.

Il legislatore nazionale, secondo la Corte europea, gode di un ampio margine di apprezzamento, pur dovendo realizzare un equilibrato componimento degli interessi, pubblici e privati, in conflitto. Ed è sul raggiungimento di quest'equilibrio che la Corte EDU compie un controllo di razionalità.

L'art. 8, comma 2, Cedu esige che il giudice europeo valuti se le finalità discusse nel procedimento legislativo siano pertinenti e sufficienti[134], così da rendere necessaria la normativa nazionale. La necessità sussiste se il legislatore abbia realizzato un ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato (ad esempio un divieto totale o parziale di esercitare un diritto o una libertà) e dette finalità. Solo in tal caso si eviterebbe ogni discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Cedu. La sproporzione, insomma, elide la necessità.

Fatta questa premessa, la legge 40/2004, com'è noto, consente l'accesso alla procreazione medicalmente assistita soltanto se la sterilità o l'infertilità (art. 4) possa essere superata mediante la fecondazione omologa *in vitro* o *in vivo*. Altrimenti, ove dovessero occorrere gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia, la procreazione medicalmente assistita non è ammessa. Solo la coppia affetta da problemi fisici meno gravi può, pertanto, beneficiare delle tecniche di fecondazione artificiale[135].

Deve allora valutarsi se l'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, vietando la procreazione eterologa, ponga un divieto ragionevole e congruo rispetto alle finalità a esso sottese, così da non violare gli artt. 8 e 14 Cedu in combinato disposto.

Due pronunce della Corte EDU[136] aiutano a sviluppare il discorso. Si discuteva della legge austriaca sulla procreazione medicalmente assistita, la quale, diversamente dalla legge italiana, non vieta del tutto l'eterologa. Essa ammette la donazione di sperma solo per la fecondazione *in vivo* e non anche per quella *in vitro*; vieta, invece, in assoluto la donazione di ovuli.

È agevole rilevare che così disponendosi, si attua una duplice diversità di trattamento. Una tra la coppia che può chiedere la donazione di sperma per la procreazione *in vivo* (ammessa dalla legge) e quella cui tale richiesta è preclusa, avendo necessità di procreare *in vitro* (vietata dalla legge). L'altra tra la coppia che può accedere alla procreazione artificiale, non necessitando della donazione di ovuli e quella che non può accedervi, avendo bisogno di siffatta donazione[137]. Il ragionamento della Corte EDU si concentra sulla necessità di queste diversità, alla luce delle finalità perseguite dal legislatore austriaco.

In primo grado la Corte europea accoglie il ricorso della coppia che si era vista negare nel proprio Paese l'accesso alla procreazione eterologa. La ragione dell'accoglimento è stringente: gli scopi sottesi alla normativa austriaca[138], pur rilevanti, non

[133] Corte EDU, 22.1.2008, *causa E.B. c. Francia*, cit.; Corte EDU, 1.4.2010, *causa S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, in www.echr.coe.int., ed ivi al § 58 altri riferimenti giurisprudenziali. La nozione di vita privata, oltre al diritto indicato nel testo, comprende anche il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani, il diritto di sviluppo personale e il diritto di autodeterminazione. Essa comprende altresì elementi come il nome, l'identificazione di genere, l'orientamento sessuale e la vita sessuale (rientranti nella sfera personale), tutti tutelati dall'art. 8.

[134] Corte EDU, 1.4.2010, *caso S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, cit.

[135] Vi possono essere situazioni di coppia dove l'unica soluzione per procreare è ricorre a gameti (ovuli o liquido seminale) provenienti da soggetti esterni alla coppia stessa: 1) donna sterile incapace di produrre ovuli (agonadismo), ma con un utero completamente sviluppato, mentre l'uomo può produrre sperma adatto alla procreazione; 2) uomo affetto da sterilità, mentre la donna è perfettamente sana. Nella prima ipotesi, per procreare, occorre la fecondazione *in vitro* con donazione di ovuli; nella seconda si rende necessaria la donazione di sperma. Se, invece, la donna è priva dell'utero o ne ha uno con gravi malformazioni, si dovrà ricorrere alla surroga di maternità. Pratica, quest'ultima, vietata dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004.

[136] Corte EDU, 1.4.2010, *causa S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, cit.; Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2011, *caso S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, in www.echr.coe.int.

[137] Solo la donna affetta da una patologia superabile con la fecondazione *in vivo* accede alla procreazione artificiale, invece, quest'ultima è preclusa alla donna che necessita della donazione di ovuli.

[138] Nella sentenza della Corte EDU, 1.4.2010, *causa S.H. e altri c. Austria*, cit., si legge che il divieto assoluto della donazione di ovuli è giustificato, secondo il legislatore austriaco, dal perseguimento delle seguenti ragioni: 1) evitare possibili controversie tra la madre biologica o uterina (che porta avanti la gravidanza) e la madre genetica (la donatrice degli ovuli), impedendo la creazione di rapporti familiari atipici; 2) scongiurare in radice il rischio di impiegare la procreazione medicalmente assistita per scopi non terapeutici, come quello di selezionare i nascituri (c.d. eugenetica); 3) evitare lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne economicamente deboli. Si può replicare che sarebbe sufficiente vietare la remunerazione della "donazione" di ovuli o di sperma, quest'ultima, peraltro, prevista in Austria; 4) proteggere la salute delle donne; 5) garantire il diritto del minore di scoprire la verità su aspetti importanti della propria identità personale, qual è la conoscenza della identità dei propri genitori (genetici). Ebbene anche su quest'ultimo punto è possibile una replica. Per la Corte EDU, il diritto di scoprire la verità non è assoluto e, comunque, il legislatore può trovare altre soluzioni volte a contemperare il diritto all'anonimato dei donatori di gameti con i diritti o gli interessi del nato: si pensi alla salute o all'accesso alle cosiddette infor-

sono necessariamente perseguibili attraverso l'esclusione o la limitazione della procreazione eterologa. Il sacrificio del desiderio di avere un bambino - desiderio riconducibile all'art. 8 Cedu - appare perciò illegittimo, oltre a differenziare, ingiustificatamente, le persone in ragione del tipo di patologia fisica che preclude la procreazione naturale.

In sede di gravame la Grande Camera riforma la decisione di primo grado, sostenendo che il legislatore nazionale non aveva ecceduto, al tempo dei fatti contestati, il margine di discrezionalità riservatogli dall'art. 8 Cedu. All'epoca - osserva la Corte europea - non esisteva ancora un ampio consenso sulla donazione di ovuli, né nella società austriaca né in Europa; soprattutto nella prima vi erano perplessità sulla donazione di gameti da parte di soggetti terzi. Pertanto, gli interessi delle parti coinvolte erano stati bilanciati ragionevolmente[139], da un lato consentendo la donazione di sperma esclusivamente per la procreazione *in vivo*, dall'altro negando del tutto la donazione di ovuli.

La decisione della Grande Camera, sebbene abbia riformato la pronuncia di primo grado, non cancella i dubbi di costituzionalità del nostro art. 4, co. 3, l. n. 40/2004 già espressi da alcuni tribunali[140]. Essi sono ancora attuali e possono trovare accoglimento da parte della Corte Costituzionale, la quale, già adita poco dopo la pronuncia di primo grado della Corte Edu, ha disposto la restituzione degli atti ai tribunali rimettenti, affinché rimeditino la questione di costituzionalità alla luce della sentenza della Grande Camera[141].

Occorre perciò avviare un'indagine sull'essenzialità dell'art. 4, comma 3, l. 40/2004. Ebbene, non sembra che la disposizione possa resistere a una censura di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 32, 29, comma 1 e 31 Cost. nonché degli artt. 8 e 14 Cedu. Ciò perché la violazione del diritto di formare una famiglia e di avere figli, del diritto alla vita privata e familiare, la differenziazione delle coppie in ragione della diversa gravità del quadro clinico, il pericolo di ledere la salute delle persone costrette, in forza del divieto dell'eterologa, a sottoporsi a trattamenti meno efficaci o a recarsi all'estero, sono tutti fatti che non trovano giustificazione nelle finalità sottese al divieto *de quo*.

Finalità quali: la protezione della salute della donna che dona e riceve gli ovuli, evitare i pericoli della selezione dei nascituri (c.d. rischio eugenetico) e delle controversie tra madre uterina e madre bio-

mazioni non identificative sulle proprie origini (sul diritto, relativo, di conoscere la propria ascendenza cfr. Corte EDU, 25.9.2012, *causa Godelli c. Italia*, ric. n. 33783/2009, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 537 ss., con nota di G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*, che ha condannato l'Italia per l'irragionevolezza dell'art. 28, comma 7, l. n. 184/1983, ribadendo che non esiste il diritto di conoscere la propria madre genetica; in attuazione di tale sentenza cfr. Corte cost., 22.11.2013, n. 278, rel. P. Grossi, in *Guida al dir.*, 2013, 49-50, 14 ss., la quale ha ritenuto tale ultima disposizione costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che il giudice interpelli, su richiesta del figlio, la madre biologica per verificare se ella intenda revocare la propria decisione, a suo tempo assunta, di restare anonima); 6) tenere conto di certe considerazioni morali e dell'accettabilità sociale. Ma secondo la Corte EDU non si tratta di «motivi sufficienti per un divieto totale di una specifica tecnica di procreazione artificiale, quale la donazione di ovuli».

Il divieto della donazione di sperma solo con riguardo alla fecondazione *in vitro* è stato, invece, motivato dal legislatore austriaco soprattutto nel modo seguente: il rispetto di un analogo divieto anche con riguardo alla fecondazione *in vivo* sarebbe stato impossibile da garantire. Ma secondo la Corte EDU, sugli argomenti incentrati sull'efficienza deve prevalere, per ragioni di importanza, il desiderio di avere un bambino.

[139] Secondo la Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2011, *causa S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, cit., «il fulcro della questione secondo il disposto dell'art. 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità ai sensi di detto articolo».

[140] Trib. Firenze, ord. 13.9.2010 (giudice Paparo), in *Guida al dir.*, 2010, 42, 65 ss.; Trib. Catania, 21.10.2010, in *Guida al dir.*, 2010, 44, 65 ss.; Trib. Milano, 2.2.2011 (giudice L. Dorigo), in www.penalecontemporaneo.it. Queste pronunce, dopo aver escluso, in ossequio alla giurisprudenza maggioritaria (*supra* nota 32), la possibilità di disapplicare l'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004 per contrasto con gli artt. 8 e 14 Cedu, hanno sostenuto che molte delle ragioni a sostegno del divieto dell'eterologa non siano sufficienti a giustificarlo. In particolare, si è contestata quella di impedire le c.d. parentele atipiche. I tribunali di Catania e di Milano hanno sottolineato altresì che il divieto dell'eterologa mette a rischio la salute della donna che partecipa al programma di procreazione medicalmente assistita. Ella sarà indotta a sottoporsi a terapie mediche meno indicate o più pericolose, non potendo beneficiare della donazione di ovuli. Ciò in contrasto con il principio chiaramente espresso da Corte cost., 8.5.2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, 9, 1213, con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, secondo cui «in materia di pratica terapeutica [da identificarsi nella procreazione eterologa], la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali». Più ampiamente, il tribunale di Firenze ha fatto leva sul contrasto del divieto di eterologa con l'art. 3 Cost. I tribunali di Catania e Milano hanno posto la questione di costituzionalità anche con riferimento all'art. 31 Cost., che tutela il diritto alla maternità e alla paternità, all'art. 2 Cost., nel cui ambito va ricondotto il diritto alla vita privata e familiare e all'art. 32 Cost., giacché il divieto rischia di compromettere l'integrità fisio-psichica della coppie infertili o sterili. Il divieto appare inoltre discriminatorio e irragionevole, anche perché smentisce la stessa finalità dichiarata dall'art. 1 l. 4/2004. Il fatto che una coppia necessiti della donazione di gameti non sembra sufficiente a diversificare tale situazione da quella in cui la coppia utilizza esclusivamente i propri gameti.

[141] Corte cost., ord. 7.6.2012, n. 150, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 1, 195 ss., con nota di A. NICOLUSSI-A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*.

logica, e la tutela del diritto del nato alla conoscenza delle proprie origini biologiche non sembrano esigere il divieto dell'eterologa. Forse la prima finalità richiede un maggior approfondimento alla luce dei progressi della scienza medica. Tuttavia molti commentari hanno rilevato come il legislatore possa disciplinare, efficacemente, tutti questi aspetti per scongiurarli[142], favorendo così l'autodeterminazione procreativa.

Nel rinnovare la riflessione sul tema[143], la Corte costituzionale richiamata nuovamente da alcuni tribunali a valutare la costituzionalità del divieto di eterologa[144] e, semmai, il legislatore dovranno tener conto degli sviluppi della scienza medica, del turismo procreativo, del consenso sociale e delle più recenti modifiche dell'ordinamento giuridico. Andranno soppesati attentamente diversi elementi, tra i quali particolarmente significativi sono il grado del consenso nelle società europee, la riduzione sempre maggiore dei rischi per la salute e il fondamento del rapporto di filiazione, legato non più soltanto al legame biologico, ma anche e (sempre di più) alternativamente, all'assunzione della responsabilità. Fatto, quest'ultimo, cui la legge n. 219/2012 ha attribuito ancora maggiore spazio applicativo[145].

In quest'ampia cornice giuridica, l'art. 4, comma 3, della legge 40/2004, dovrebbe essere ritenuto costituzionalmente illegittimo[146] sulla base di due parametri di costituzionalità. Da un lato quello internazionale: risulta, infatti, difficile ancorare il divieto

[142] U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 10, 637 ss. e ivi molteplici indicazioni bibliografiche.

[143] M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, 22, concorda con la decisione dei giudici di non disapplicare ma di rimettere la questione alla Corte costituzionale, poiché la procreazione eterologa non è materia oggetto del diritto comunitario. Certo, continua l'Autrice, la Consulta dovrà «vagliare il divieto di fecondazione eterologa alla luce delle valutazioni condotte dalla Corte di Strasburgo. Ed è questo, a me pare, il senso del dialogo tra le Corti, in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali della persona che non sia limitata nei confini di un singolo Stato».

[144] M. D'AMICO, *La fecondazione «eterologa» ritorna davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2013, 6, 745 ss.

[145] Il rapporto di filiazione si costituisce anche sulla base della sola assunzione di responsabilità. A sostegno di questo assunto, oltre l'istituto dell'adozione che ne rappresenta l'ipotesi emblematica, si possono richiamare altri casi. Interessante è la disposizione contenuta nell'art. 2 della legge n. 219/2012 (rubricato *Delega il Governo per la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*). La lettera g) di tale art. prevede la «modificazione della disciplina dell'impugnazione del riconoscimento con la limitazione dell'imprescrittibilità dell'azione per il solo figlio e l'introduzione di un *termine di decadenza* [attualmente mancante nell'art. 263 c.c.] per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati». È chiara la finalità: come ha rilevato C. M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, cit., 5, la disposizione intende salvaguardare «l'esigenza che lo stato di figlio conseguito col riconoscimento conservi stabilità se protratto nel tempo, senza essere perennemente esposto all'azione di chi aveva effettuato il riconoscimento e di altri interessati» (cfr. anche L. LENTI, *op. cit.*, 211). La decorrenza del termine di decadenza postula una definitiva assunzione di responsabilità da parte di chi ha riconosciuto, rimanendo definitivamente accertato uno *status* non corrispondente al vero secondo i parametri genetici. Si segnala che lo schema del decreto legislativo attuativo della delega, all'art. 263 prevede un termine di 5 anni dall'annotazione del riconoscimento oltre il quale l'autore del riconoscimento né gli altri legittimati possono più impugnarlo. Inoltre l'art. del medesimo testo prevede lo stesso termine oltre il quale non è più possibile agire con l'azione di disconoscimento della paternità.
A sostegno dell'assunzione di responsabilità come fondamento della filiazione si può richiamare anche l'art. 9 l. n. 40/2004 che pone il divieto di agire con l'azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 235, comma 1, nn. 1 e 2 c.c., o di impugnazione ai sensi dell'art. 263 c.c. qualora il coniuge o il convivente abbia prima acconsentito alla procreazione artificiale di tipo eterologo e poi abbia deciso di svincolarsi dagli effetti del rapporto di filiazione. Cfr. sul punto Cass.19-9-2013, n. 18435, www.cassazione.net, secondo cui il marito non può più revocare il consenso alla procreazione eterologa un volta avvenuta la fecondazione dell'ovulo. Egli, di conseguenza, non può impedire alla moglie di ottenere l'impianto dell'embrione, né agire con l'azione di disconoscimento della paternità. Sul rapporto tra responsabilità e filiazione cfr. anche le perspicue riflessioni di D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 148-150, il quale sottolinea, in prospettiva *de iure condendo*, la necessità di aprirsi ad una «stagione nella quale i rapporti interpersonali valgano per il diritto indipendentemente dalla loro istituzionalizzazione o formalizzazione». Emblematico è l'esempio del genitore acquisito che, dopo aver svolto, di fatto, il ruolo di padre per diversi anni si libera, secondo il vigente diritto, da ogni responsabilità genitoriale per effetto del divorzio (si tratta del tema cui si è già fatto cenno del c.d. terzo genitore). Cfr. anche G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999. In giurisprudenza cfr. Corte EDU, 27.4.2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, n. 16318/07, in www.echr.coe.int., secondo la quale la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 Cedu può comprendere anche le relazioni familiari di fatto (il caso riguardava un affidamento provvisorio cui non fece seguito l'accoglimento della domanda di adozione speciale presentata da parte degli stessi genitori affidatari, nonostante l'instaurazione di uno stretto legame tra questi ultimi e la bimba).

[146] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 284, reputa il divieto di utilizzazione dei gameti di un donatore, ideologico e incompatibile con il diritto all'autodeterminazione. Quest'ultimo, insiste opportunamente l'Autore, non può essere confuso con l'autoreferenzialità, la quale incontra dei limiti (l'esempio delle due lesbiche americane sorde è emblematico, p. 288-289). Non che l'autodeterminazione non ne incontri; più propriamente questa si cala in un «insieme di relazioni, una serie di rapporti tra la sfera giuridica dell'interessato e la costruzione dell'altrui sfera giuridica». Di conseguenza, il compito delle istituzioni «è quello di garantire uno spazio di libertà: esattamente l'opposto della pretesa di compiere scelte pubbliche che incidano o annullino quella libertà» (p. 291). Anche M. D'AMICO, *La fecondazione «eterologa» ritorna davanti alla Corte costituzionale*, cit., 752-752, conclude il suo saggio auspicando, motivatamente, una dichiarazione di incostituzionalità. *Contra* A. NICOLUSSI-A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit., 220 ss., i quali ritengono costituzionalmente legittimo il divieto della procreazione eterologa.

de quo a una giustificazione effettiva, dominante, tra quelle poste dall'art. 8, comma 2, Cedu a fondamento dell'intervento legislativo sul diritto al rispetto della vita privata e familiare[147]. Dall'altro, il riferimento è al parametro interno per violazione delle disposizioni costituzionali già sopra richiamate.

10. Diritti, doveri e contribuzione nella convivenza more uxorio.

La definizione del concetto giuridico di famiglia «acquista significato e interesse» sulla base delle indicazioni che possono trarsi dall'ordinamento giuridico[148] nel sistema italo-comunitario delle fonti. In tale ambito si deve constatare come sia oramai acquisita la rilevanza giuridica (*rectius*: «giusfamiliare»)[149] della convivenza *more uxorio* tra soggetti etero e omosessuali. Nel diritto al rispetto della propria vita familiare (art. 8 Cedu) e nel diritto di formarsi una famiglia (art. 12 Cedu coordinato con l'art. 9 Carta di Nizza) rientra, secondo la Corte EDU, la stabile convivenza tra soggetti non sposati, indipendentemente dalla diversità dei sessi[150].

Nondimeno la nostra giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto che le unioni stabili, pure omosessuali, rappresentano «formazioni sociali» protette dalla Costituzione in quanto strumentali allo svolgimento della personalità umana (art. 2 Cost.)[151].

Ebbene, la rilevanza esige il riconoscimento di diritti e la predisposizione di tutele[152]. Ma tutto ciò si è realizzato solo in parte, attraverso norme volte a regolare specifici interessi del convivente[153] e l'intervento della giurisprudenza. È sufficiente quanto fatto fin qui? Bisogna ricordare che quando la dottrina si è chiesta se occorresse un intervento legislativo organico sulla convivenza *more uxorio*, essa ha dato risposta negativa per più ragioni: si snaturerebbe la volontà di non sottoporsi ad alcun dovere né obbligo; si creerebbe un matrimonio di serie B; si rischierebbe di tutelare il convivente di fatto più del coniuge. Queste motivazioni, pur degne della massima considerazione, provano troppo.

Forse oggi, più chiaramente rispetto al passato[154], si avverte la necessità di un intervento del le-

[147] U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, cit., 643-644, esclude che a fondamento del divieto di eterologa possano esservi ragioni di rilevanza morale e sociale, atteso che tale pratica, prima della legge 40/2004, era praticata in Italia.

[148] P. BARCELLONA, voce *Famiglia*, cit., 784.

[149] E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle unioni libere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 736, pone acutamente questa distinzione. Egli afferma che «una cosa è applicare al rapporto tra conviventi *una qualche regola giuridica* [come quella sulla responsabilità civile, sul diritto delle assicurazioni o delle locazioni o di diritto tributario], cosa affatto diversa applicarvi regole giuridiche puntualmente rivolte a disciplinare (quei rapporti di sesso, di affetto, di scambio economico che sono) i rapporti matrimoniali». Il primo è il piano della rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*, il secondo quello della rilevanza giusfamiliare. Per una sintesi della rilevanza della famiglia di fatto sotto i profili dei rapporti tra i conviventi, con la prole e con i terzi, cfr. M. DOGLIOTTI, voce, *Famiglia di fatto*, in *Digesto*, 1992, 189 ss.

[150] Corte EDU, 28.6.2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, n. 76240/01, cit.; Corte EDU, 2.11.2010, *Serife Yigit c. Turchia*, n. 3976/05, in www.echr.coe.int, afferma che la nozione di famiglia di cui all'art. 8 Cedu non si limita soltanto alle relazioni fondate sul matrimonio, ma può includere diversi tipi di legami intercorrenti tra persone che vivono insieme. Per valutare se sussista vita familiare, si considerano elementi quali la durata o l'esistenza di prole. Altre pronunce si trovano richiamate da quelle qui citate.

[151] Corte Cost., 15.4.2010, n. 138, cit., afferma che «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione del coppia* ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Cfr. anche Cass., 15.3.2012, n. 4184, cit. e Cass., 21.3.2013, n. 7214 (rel. A. Giusti), in *Fam. e dir.*, 2013, 7, 639, con nota di C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato ad esercitare le azioni a difesa del possesso*, secondo la quale la convivenza *more uxorio*, quando è caratterizzata dalla durata, stabilità, esclusività e contribuzione, «dà vita ad autentico consorzio familiare, investito di funzioni promozionali». Ricondurre tale convivenza all'art. 2 Cost., impedisce di frammentare il fenomeno secondo una prospettiva atomistica, cioè collegata alle singole disposizioni che tutelano un interesse specifico. La famiglia, insomma, esiste anche fuori dal matrimonio e indipendentemente dalla eterosessualità dei suoi componenti.

[152] A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 52-54.

[153] Se ne possono ricordare alcune: l'art. 408, comma 1, c.c. prevede che il giudice tutelare, nella scelta dell'amministratore di sostegno, debba preferire, rispetto ai parenti stretti e salvo che vi siano ragioni contrarie nell'interesse del beneficiario, la persona stabilmente convivente con quest'ultimo; gli artt. 406, comma 1 e 417 c.c. ammettono la persona stabilmente convivente a proporre ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno, dell'interdizione o dell'inabilitazione; gli artt. 342-*bis* e 343-ter c.c. stabiliscono che anche il convivente possa essere destinatario di un ordine di protezione; l'art. 5 l. n. 40/2004 consente l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, conviventi; l'art. 6, comma 4, l. n. 184/1983 (*Diritti del minore ad una famiglia*) considera la convivenza precedente al matrimonio quale periodo utile per accertare il requisito della stabilità del vincolo; l'art. 199 c.p.p. attribuisce al convivente dell'imputato la facoltà di astenersi dal deporre.

[154] In una riflessione più risalente, si escludeva l'applicazione analogica delle norme sul matrimonio alla convivenza di fatto,

gislatore che disciplini almeno la posizione dei conviventi una volta cessata la convivenza[155]. La giurisprudenza ha inciso su questo punto, sebbene non su tutti i profili che lo caratterizzano.

Prima di soffermarsi su alcune pronunce, è utile una sottolineatura. Si usa dire, come si accennava, che chi decide di costituire una famiglia senza contrarre matrimonio non intende acquisire diritti né assumere doveri (artt. 143 e 160 c.c.). Questa circostanza, tuttavia, non esclude l'insorgenza di situazioni giuridiche soggettive e di affidamenti generati dalla convivenza stabile e duratura e dal principio costituzionale di solidarietà[156].

L'esame della giurisprudenza dà contezza delle plurime sfaccettature che caratterizzano la posizione giuridica del convivente.

È nota la pronuncia della Corte costituzionale che ha riconosciuto la successione *mortis causa* nel contratto di locazione al convivente legato *more u-*

la cui codificazione era ritenuta del tutto inopportuna (cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 20 ss. e 143, che limita la rilevanza della famiglia di fatto alla sola possibilità di autoregolamentazione). La dottrina maggioritaria, sia pur con accenti diversi, ritiene invece possibile l'applicazione analogica di talune disposizioni previste per la famiglia coniugale legittima: R. TOMMASINI, *Riflessioni in tema di famiglia di fatto: limiti di compatibilità e affidamento per la convivenza*, in *Riv. dir. civ*., 1984, II, 264, secondo cui vi sono interessi che sorgono in conseguenza del rapporto di convivenza che meritano tutela al di là della presenza di un eventuale accordo tra conviventi. In tal senso anche L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv*., 2003, 3, 472 e 488. Ma è soprattutto F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, cit., 245 ss. ad individuare, con lucidità e rigore, la disciplina applicabile al rapporto coniugale di fatto, rifuggendo dall'approccio semplicistico (ed errato) di un'automatica equiparazione di tale rapporto a quella fondato sulla famiglia legittima (*amplius* p. 255 ss.).

[155] Appare iniquo che la cessazione della convivenza possa avvenire senza alcuna conseguenza patrimoniale per quel soggetto che abbia migliorato la propria posizione socio-economica grazie anche all'apporto del *partner*. Così come sembra parimenti iniquo che la legge non riconosca, neppure dopo una lunga convivenza, alcun diritto successorio al *partner* superstite. A ciò è stato obiettato, ma in modo non convincente, che una siffatta regolamentazione sarebbe in contrasto con la volontà dei conviventi di vivere il proprio sentimento al di fuori di ogni schema giuridico-formale. Ma è stato esattamente replicato che non vi è incompatibilità assoluta tra autorità e libertà. Secondo P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio*, cit., 494-495, infatti, «la libera convivenza può anche essere configurata come esplicazione di autonomia, ma fondata sia nel momento costitutivo (atto di autonomia) sia nel momento attuativo (rapporto) sui valori costituzionali del personalismo, del solidarismo e dell'associazionismo». L'Autore è comunque contrario ad un intervento legislativo di carattere sia globale che settoriale, essendo sufficienti per garantire adeguata tutela a certe posizioni i principi di rilevanza costituzionale (p. 497-498). Egli ritiene congruo, per rispondere ai problemi della famiglia non fondata sul matrimonio, l'attività della giurisprudenza di merito e costituzionale «in un corretto ed adeguato rapporto di libertà e di responsabilità». Anche M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, cit., 193, si è espresso contro una disciplina *ad hoc* della famiglia di fatto, per evitare di configurare quest'ultima come «un organismo di grado inferiore rispetto alla famiglia legittima». Diversamente V. ROPPO, voce *Famiglia di fatto*, Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur*., 1989, 2, è d'accordo a prevedere una disciplina legislativa minima a tutela di posizioni individuali meritevoli di tutela. Anche G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatti*, cit., 193, auspica «un intervento del legislatore per dar corpo ad uno statuto minimo della famiglia di fatto». L'Autrice tuttavia, non rinuncia a risolvere questioni spinose poste dall'attualità delle vicende umane; ad esempio, ella ritiene applicabile alla cessazione della convivenza *more uxorio* l'art. 2041 c.c., argomentando dai principi sottesi all'assegno di divorzio. Naturalmente, l'ex convivente che richiede l'indennizzo dovrà provare di aver contribuito durante la convivenza alla formazione della ricchezza altrui.

[156] Occorre tenere distinta la condizione delle persone dello stesso sesso che intendono sposarsi, ma non possono perché la legge gli preclude il matrimonio e quella dei conviventi, etero o omosessuali, che non desiderano sposarsi. Le prime vorrebbero sottoporsi alla disciplina dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio. I secondi, in linea teorica, non ambiscono a porre il loro rapporto sul terreno della giuridicità. Perciò, in prospettiva de *iure condendo*, equiparare la condizione giuridica dei conviventi *more uxorio* a quella dei coniugi non sarebbe del tutto razionale. Non devono, infatti, essere sottovalutate le differenze tra la convivenza fondata sul matrimonio e quella *more uxorio*. Un'equiparazione giuridica cancellerebbe le peculiarità di ciascuna di esse. Secondo P. PERLINGERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., 492, si finirebbe con lo «svilire in maniera del tutto ingiustificata sia il connotato della spontaneità e della libertà che originano dalla convivenza *more uxorio* (...) sia la sacralità e la pubblica, consapevole, voluta assunzione di responsabilità che rappresentano il concentrato del matrimonio come atto e come rapporto». Come pure appare una «esasperazione di concetti», ritenere che qualsivoglia regolazione giuridica della convivenza *more uxorio* si risolva in una «autoritaria prevaricazione dell'ordinamento sulla libertà individuale» (così E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, cit., 761; cfr. anche G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, cit., 186-187, che sottolinea la centralità nella famiglia di fatto del problema di conciliare libertà e responsabilità). Questa conciliazione deve avvenire, secondo un'autorevole dottrina, cercando modelli di tutela non già nel diritto di famiglia, ma nel diritto comune delle persone e dei rapporti patrimoniali e in alcuni istituti del diritto delle obbligazioni (L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., 6-7). Perciò allo scopo di dare una risposta ad interessi azionati dal convivente, non può escludersi in assoluto l'applicabilità di regole e di principi più che dettati per il matrimonio, fondati sulla vita comune e sulla solidarietà tipica dei rapporti affettivi. Secondo P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 45, «si giustifica la parsimonia quantitativa, e la delimitazione qualitativa degli effetti giuridici da collegare al fatto della convivenza». Ma egli soggiunge che «la linea sulla quale l'evoluzione in campo civile sembra svilupparsi è quella di connettere alcuni essenziali effetti di tipo solidaristico al solo fatto della (prolungata) convivenza, e di lasciare invece al patto (...) la configurazioni di rapporti più intensi e complessi». Nello stesso senso L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1120-1123, secondo cui «lo strumento contrattuale non può costituire l'unica via percorribile al fine di garantire la protezione degli interessi scaturenti dalla convivenza non fondata sul matrimonio».

xorio al titolare del rapporto locatizio. Sulla base della *ratio* dell'art. 6, comma 1, l. n. 392/1978 - *id est.*: tutelare la convivenza abituale - la Consulta ha ritenuto illogica l'esclusione del convivente *more uxorio* da siffatta successione[157]. Ma leggendo bene la motivazione, è più la convivenza in sé che il suo essere *more uxorio* a giustificare la successione, cosiddetta anomala[158], nel contratto di locazione.

Del rilievo della convivenza stabile se ne ha una più decisa conferma in altri pronunciamenti. Il convivente superstite ha diritto al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti a causa della morte del *partner* cagionata da un terzo[159]. Inoltre, la convivenza *more uxorio* intrapresa da un soggetto separato o divorziato incide sulla quantificazione dell'assegno di separazione o post-matrimoniale[160]. E ancora: sebbene sia pacifico che il convivente *more uxorio* non è tenuto a contribuire ai bisogni della famiglia[161], una eventuale sua contribuzione non è senza causa.

Chi eroga denaro per sostenere le spese familiari non ha diritto di ripetere quanto corrisposto qualora cessi la convivenza[162]. Il rapporto di convivenza stabile è fonte di «doveri morali e sociali» (art. 2034 c.c.). Uno di questi è la corresponsione periodica di somme per i bisogni dell'esistenza in comune. Ciò in quanto il rapporto coniugale di fatto ingenera, come è stato osservato[163], «inderogabili doveri di solidarietà, indispensabili alla realizzazione della personalità individuale e sul cui adempimento ogni individuo deve poter contare nelle sue relazioni con gli altri».

Il dovere esclude che il beneficiario di prestazioni a titolo contributivo possa essere qualificato donatario. Questi è piuttosto destinatario dell'adempimento di un'obbligazione naturale, con conseguente diritto alla *soluti retentio* ai sensi dell'art. 2034 c.c.

Va precisato che il diritto di ritenzione opera «allorché la prestazione risulti *adeguata* alle circostanze e *proporzionata* all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens*»[164]. Ecco perché un'attenta dottrina ha messo in guardia da pericolose generalizzazioni che prescindano dal caso concreto. L'obbligazione naturale, quale schema giuridico della contribuzione, esige di «accertar[e] l'adeguatezza della prestazione all'effettiva necessità di soddisfare quel dovere morale o sociale, di modo che possa appunto considerarsi adempimento

[157] Corte cost., 7.4.1988, n. 404, in *Giur. it*. 1988, I, 1628 ss., con nota di A. TRABUCCHI, *Il diritto di abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!*, ha argomentato dal diritto fondamentale all'abitazione (art. 47, comma 2, Cost.) e dall'ampia rilevanza della convivenza, giacché tra gli «eredi», cui fa menzione l'art. 6, comma 1, l. n. 392/1978, possono esservi soggetti estranei alla famiglia nucleare o parentale. Trabucchi evidenzia le ambiguità e le incertezze della motivazione che avrebbe dovuto chiarire «esistenza e portata» dei principi coinvolti. Cfr. anche Corte cost. 20.12.1989, n. 559, in *Foro it*., 1990, I, 1465 ss., in materia di assegnazione di alloggi in regime di edilizia residenziale pubblica.

[158] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 656.

[159] Cass., 28.3.1994, n. 2988, in *Giur. it*., 1995, I,1, 1366; Cass., 16.9.2008, n. 23725, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 5, 449, con nota di R. BARBANERA, *Ancora sulla tutela aquiliana dei rapporti di fatto*; Cass., 7.6.2011, n. 12278, in *Resp. civ*., 2011, 8-9, 629 ss. Da queste pronunce si ricava, quanto al risarcimento del danno non patrimoniale, la parificazione della famiglia legale a quella di fatto. In conseguenza delle lesioni o della morte del convivente *more uxorio*, il risarcimento del danno a favore dell'altro convivente è subordinato alla prova con qualsiasi mezzo «dell'esistenza e della durata di una comunanza di vita e di affetti e di una vicendevole assistenza morale a materiale, cioè di una relazione di convivenza avente le stesse caratteristiche di quelle dal legislatore ritenute proprie del vincolo coniugale (Cass. n. 8976/2005)». Si aggiunga che la convivenza non deve «intendersi necessariamente come coabitazione, quanto piuttosto come stabile legame tra due persone, connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti (art. 2 Cost.)» (così Cass., 21.3.2013, n. 7128, in *Danno e resp*., 2013, 7, 791, secondo cui il matrimonio avvenuto successivamente alla lesione della salute del convivente assume rilevanza di fatto noto che consente di risalire al fatto ignoto dell'intensità di una relazione affettiva preesistente). Com'è noto, va tenuto distinto il profilo dell'accertamento della lesione del diritto inviolabile da quello delle conseguenze risarcibili (i danni). Sotto quest'ultimo profilo, l'attore dovrà provare, anche per presunzioni, le sofferenze morali e le modificazioni se non lo sconvolgimento della propria vita (nella famiglia e al di fuori di essa).

[160] Cass., 10.11.2006, n. 24056, in *Foro it. on line*; ivi Cass., 10.8.2007, n. 17643; Cass., 11.8.2011, n. 17195, in *Fam. e dir*., 2012, 1, 25, con nota di A. FIGONE, *La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile*; Cass., 12.3.2012, n. 3923, in *Foro it. on line*.

[161] Obbligo presidiato dal potere del giudice di ordinare «il sequestro dei beni del coniuge allontanatosi [dalla residenza familiare] nella misura atta a garantire l'adempimento degli obblighi previsti dagli articoli 143, terzo comma e 147» (art. 146, comma 3, c.c.).

[162] Cass., 2.1.1989, n. 285, in *Arch. civ*., 1989, 498; Cass., 13.3.2003, n. 3713, in *Guida al dir*., 2003, 18, 49.

[163] F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 278.

[164] Cass., 13.3.2003, n. 3713, cit. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza d'appello, secondo la quale non era ravvisabile un rapporto di proporzionalità tra l'opera edificatoria realizzata dal convivente su suolo del *partner* e l'adempimento dei doveri morali e sociali assunti dallo stesso nell'ambito della convivenza (poi cessata). I giudici di merito hanno, perciò, correttamente applicato l'art. 936 c.c. Analogamente Cass. 26.11.2013, n. 26424, in www.cassazione.net, conferma la sentenza di appello, la quale aveva escluso la proporzionalità delle elargizioni patrimoniali alla luce di diversi elementi riguardanti il *solvens*, quali: 1) la retribuzione mensile percepita dallo stesso e valutata in rapporto sia all'entità della somma elargita sia al prezzo dell'immobile (intestato per ragioni fiscali esclusivamente alla ex convivente); 2) l'obbligo di mantenere un altro figlio nato da un precedente matrimonio; 3) l'esclusiva titolarità della provvista tratta da un conto corrente che, se pur cointestato, era alimentato soltanto dal *solvens*; 4) l'esclusione di ogni spirito di liberalità desunta dall'esistenza di ragioni fiscali poste alla base dell'intestazione unica del bene.

la prestazione conforme alle normali esigenze di vita della coppia e al tenore del loro *mènage*»[165].

Può dirsi che nella convivenza *more uxorio* l'obbligazione naturale governa il reciproco dovere morale e sociale di contribuzione.

11. *(Segue)* Difetto di reciprocità nell'adempimento dell'obbligazione naturale, sproporzione della prestazione e tutele del convivente more uxorio.

Si è appena osservato che il diritto di ritenzione si può esercitare qualora le prestazioni ricevute da ciascun convivente *more uxorio* siano proporzionate alle necessità sorte dalla vita in comune. L'istituto dell'obbligazione naturale è, come si diceva, idoneo a disciplinare i rapporti economici basati sulla volontà comune di formare una comunione spirituale e materiale al di fuori del matrimonio.

Il discorso non può terminare qui. Spesso accade che, una volta cessata la convivenza, vi sia una situazione patrimoniale da riequilibrare. Ciò accade in due ipotesi: 1) mancato reciproco adempimento dell'obbligazione naturale; 2) sproporzione della prestazione effettuata da un convivente a vantaggio del *partner*. Normalmente il convivente che ha eseguito una prestazione sproporzionata rispetto alla reciproca contribuzione, ovvero che non ha beneficiato di alcun adempimento dal *partner*, ha interesse a recuperare tutta la somma corrisposta o una parte di questa[166].

Il punto saliente è la qualificazione giuridica della fonte della prestazione.

Secondo un Autore[167], il trasferimento di ingenti beni da un convivente all'altro integra donazione; ne consegue la nullità della stessa qualora non sia stata rispettata la forma solenne prescritta dalla legge. Ma è davvero così? Qualche dubbio s'insinua.

Si pensi all'ipotesi in cui un convivente abbia impiegato denaro proprio per acquistare un immobile la cui proprietà è stata intestata al *partner*, oppure abbia svolto personalmente o pagato lavori di ristrutturazione nella casa di quest'ultimo. Egli, in seguito alla cessazione della convivenza, chiede al giudice il riconoscimento della titolarità del diritto reale (nel primo caso) o almeno la restituzione di quanto pagato (sia nel primo che nel secondo caso).

È bene chiarire subito che tale riconoscimento non può essere preteso dal soggetto non titolare del diritto semplicemente in ragione dell'esborso del denaro[168]. Perciò è, semmai, sul denaro che egli dovrà incentrare la sua azione. Secondo un orientamento giurisprudenziale, l'attore che agisca in restituzione deve dimostrare il fatto costitutivo della sua pretesa. Ciò vale anche per la domanda di restituzione dell'immobile. Vi dovrà essere un titolo che giustifichi l'obbligo di restituzione, quale può essere il mutuo (per il denaro)[169] o il negozio fiduciario (per il ritrasferimento della proprietà immobiliare)[170] o la controdichiarazione in caso di interposizione fittizia di persona.

Ove manchi il titolo[171], la più recente giurisprudenza ha ravvisato una liberalità indiretta (art. 809

[165] G. Stella Richter, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ*., 2003, 2, 154.

[166] Si pensi al caso in cui un convivente dopo aver impiegato il proprio denaro per ristrutturare la casa del proprio *partner*, da destinare ad abitazione di entrambi, oppure per pagarne taluni ratei del mutuo, assiste alla interruzione improvvisa del legame sentimentale. È evidente che qui vi è l'esigenza di riequilibrare le posizioni economiche dei due ex *partners*.

[167] G. Stella Richter, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., 155. Qualora la donazione sia valida, essa, secondo l'Autore, non può ritenersi revocabile per infedeltà sessuale, fatto, questo, non riconducibile all'ingiuria grave verso il donante (art. 801 c.c.). Si argomenta dall'insussistenza di un dovere di fedeltà tra i componenti della famiglia di fatto. Tale soluzione non può essere condivisa in assoluto; difatti, se la condotta del convivente *more uxorio* lede un diritto costituzionalmente protetto del partner, vi sarà spazio non solo per il risarcimento del danno, ma anche per la revoca della donazione per ingratitudine (spunti in tal senso si traggono da Cass., 20.6.2013, n. 15481, in *Studio legale-Leggi d'Italia on line*).

[168] E. Roppo, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle unioni libere*, cit., 747, con riferimento alla discussione sulla titolarità dei beni acquistati durante la convivenza *more uxorio*, afferma in modo netto e condivisibile che «ciascuno dei partner rimane ..., in linea di principio, proprietario esclusivo dei beni acquistati in proprio nome, e sopra di essi l'altro partner non può avanzare alcuna pretesa di contitolarità». In tal senso anche L. Balestra, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, cit., 480 ss., il quale esclude
l'applicabilità per analogia delle disposizioni sulla comunione legale degli acquisti.

[169] Si consideri che non costituisce prova del contratto di mutuo tra i conviventi, la consegna della somma di denaro direttamente al venditore o all'impresa di ristrutturazione.

[170] Cass., 22.4.2010, n. 9541, in *Foro it. on line*; ivi Cass., 13.3.2013, n. 6295. Queste pronunce sono richiamate da G. Oberto, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, in *Fam. e dir*., 2013, 6, 565-566, il quale cita anche Cass., 7.4.2009, n. 8366, in *Foro it. on line*, relativamente a una coppia coniugata, e Trib. Vicenza, 28.9.2010, in *Studio legale-Leggi d'Italia on line*. Esse pongono l'accento sulla necessità di una prova «specifica e precisa» dell'obbligo restitutorio. Oberto si sofferma anche su Cass., 24.5.2012, n. 8216, in *Foro it on line*, che confermerebbe quest'orientamento.

[171] Cass., 13.3.2013, n. 6295, cit., chiarisce che l'attore in restituzione deve ugualmente provare il fatto costitutivo della sua pretesa (oltre, naturalmente, all'avvenuta consegna della somma), qualora il convenuto si limiti a contestare la causale del versamento. Tale contestazione «non si tramuta in eccezione in senso sostanziale, sì da invertire l'onere della prova, giacché negare l'esistenza di un contratto di mutuo [come avvenuto nel caso di specie] non significa eccepirne l'inefficacia o la modificazione o l'estinzione, ma significa negare il titolo posto a base della domanda, ancorché il convenuto riconosca di aver ricevu-

c.c.)[172] nella fattispecie in cui un soggetto, ex convivente, risulti titolare della proprietà di un immobile, il cui prezzo è stato pagato dall'ex-*partner* durante la convivenza. Di conseguenza l'ex-convivente, donatario indiretto (dell'immobile o di una quota di questo), rimane proprietario, essendo la compravendita valida ed efficace, mentre l'altro ex-convivente che ha pagato il prezzo non avrà alcun diritto di ripeterlo.

In verità la tesi della donazione indiretta non convince appieno. A ben vedere, il convivente che, durante il rapporto di convivenza, abbia corrisposto il prezzo dell'immobile intestato in tutto o in parte all'ex-*partner*, ovvero abbia pagato la ristrutturazione dello stesso o alcuni ratei del mutuo non sembra affatto animato dallo spirito di liberalità. Scopo di queste operazioni è usufruire di un bene destinato a entrambi i conviventi. Vi è dunque un vantaggio economicamente apprezzabile anche per il convivente che adempie l'obbligazione pecuniaria o di *facere*, senza essere al contempo destinatario diretto della controprestazione. Il che dovrebbe escludere lo spirito di liberalità[173].

Certo, è una circostanza da provare l'insussistenza dell'*animus donandi*, ossia che i beni oggetto dell'attribuzione all'altro convivente o i benefici ricevuti da quest'ultimo siano stati destinati, più in generale e primariamente, a vantaggio della famiglia[174]. In tal caso, secondo un'impostazione dottrinale, si avrebbe diritto alla ripetizione dell'indebito[175], così da recuperare non già la titolarità del diritto reale ma la somma corrisposta[176].

Com'è noto, l'indebito è una particolare ipotesi d'ingiustificato arricchimento, caratterizzato da un «pagamento» (*rectius*: da una prestazione materiale) non dovuto, mancando il rapporto o il negozio in esecuzione del quale la prestazione è stata corrisposta[177]. Il titolo può non esservi *ab origine* o venir meno in seguito allo spostamento patrimoniale. Ora, a ben vedere, è proprio quest'ultima ipotesi a configurarsi qualora la convivenza cessi poco dopo che un convivente abbia impiegato denaro per acquistare, finanziare o ristrutturare la casa di proprietà del *partner*.

---

to una somma di danaro ed indichi la ragione per la quale tale somma sarebbe stata versata».

[172] Cass., 25.3.2013, n. 7480, in *Fam. e dir*., 2013, 6, 554 ss., con nota G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, già citata. Il caso è interessante. L'erede dell'ex convivente defunto chiede lo scioglimento della comunione esistente sull'immobile in comproprietà con la ex convivente del *de cuius*. Egli chiede altresì «la condanna della convenuta alla corresponsione in proprio favore della metà del valore di un preteso fitto da calcolare in base alla normativa sull'equo canone». La convenuta eccepisce di aver acquistato l'immobile con denaro proprio e che la cointestazione era avvenuta soltanto per ragioni sentimentali. In diritto, ella sostiene che vi era stata una donazione di denaro da lei stessa al convivente, donazione da considerarsi nulla in quanto priva dei requisiti di forma. La Cassazione osserva che l'intestazione in favore dell'ex convivente di una quota pari alla metà dell'immobile doveva essere qualificata come donazione indiretta, non assoggettata, in quanto tale, alla forma dell'atto pubblico con la necessaria presenza dei testimoni (art.782 c.c. e artt. 47-48 l. n. 89/1913). Nel caso di specie vi era anche un altro profilo risolto correttamente dalla Suprema Corte: il contratto di compravendita è stato ritenuto valido, sebbene il denaro impiegato provenisse dalla prostituzione della ex convivente.

[173] A. PALAZZO, *Forma e causa dell'attribuzione nelle donazioni*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1987, 737; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 49 ss.

[174] G. OBERTO, *op. cit*., 567, sostiene la problematicità, se non l'impossibilità, di ravvisare l'esistenza dell'*animus donandi* in quegli atti riguardanti beni che verranno utilizzati da entrambi i conviventi, come nei casi della casa di abitazione, della casa al mare, dell'automobile o del camper per le vacanze. L'Autore, a conferma della sua tesi, cita due pronunce, una, della Cassazione (n. 3147/1980) riguardante attribuzioni tra coniugi avvenute durante la convivenza e, l'altra, del Tribunale di Firenze (12.2.2000) in relazione alla contribuzione per l'acquisto di un immobile intestato ad uno solo dei *partners*. Non solo: egli ricorda che la giurisprudenza ha escluso la qualificazione donativa per tutte quelle attribuzioni avvenute in seno alla crisi coniugale, oltre a raccomandare molta cautela nel dedurre *l'animus donandi* dalla semplice intestazione o contestazione del conto corrente (si veda a proposito Cass., 14.1.2010, n. 468, in *Foro it on line* e Cass., 12.11.2008, n. 26983, in *Foro it*., 2009, 4, 1, 1103).

[175] Secondo Cass., 13.3.2013, n. 6295, cit., l'attore (*id est*: l'ex convivente *more uxorio*) che non ha provato il titolo giustificativo della domanda di restituzione non può agire, in via subordinata, con l'azione di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). La Suprema Corte, considerati i presupposti di quest'ultima, conclude che «l'azione di arricchimento senza giusta causa può essere proposta in via subordinata rispetto all'azione contrattuale proposta in via principale soltanto qualora l'azione tipica dia esito negativo per carenza *ab origine* dell'azione stessa derivante da un difetto del titolo posto a suo fondamento (Cass. 10 agosto 2007, n. 17647), ma non anche nel caso in cui sia stata proposta domanda ordinaria, fondata su un titolo contrattuale, senza offrire prove sufficienti all'accoglimento, oppure quando la domanda ordinaria, dopo essere stata proposta, non sia stata più coltivata dall'interessato».

[176] G. OBERTO, *op. cit*., 568, con riferimento alle prestazioni di *facere* effettuate da un convivente a beneficio dell'altro, ritiene applicabile l'azione generale di arricchimento senza causa. Egli conclude rilevando che «il rimedio dell'arricchimento ingiustificato [comprendente l'indebito e l'arricchimento senza causa] può ergersi a regime patrimoniale della famiglia di fatto, concorrendo con quello, parallelo, dell'obbligazione naturale, ed eventualmente integrandolo. Invero, mentre quest'ultimo sarà da solo sufficiente a governare i casi in cui il reciproco dovere morale e sociale di contribuzione abbia ricevuto concreta e bilaterale attuazione, il primo entrerà in gioco per ristabilire l'equilibrio alterato di fatto dall'esecuzione soltanto unilaterale dell'obbligazione naturale, contributiva e reciproca, tra conviventi». Ma sulla prestazione di *facere* si veda *infra* nota 153.

[177] C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 792 ss., si sofferma sul termine «pagamento» di cui all'art. 2033 c.c. e sul presupposto della mancanza del titolo.

Il titolo giustificativo dell'esborso economico è rappresentato dal negozio costitutivo del rapporto coniugale di fatto. Negozio che perde efficacia successivamente a causa della volontà di porre fine alla convivenza. Di conseguenza la prestazione del *solvens* diventa immediatamente ripetibile; ciò anche quando essa sia consistita nello svolgimento di lavori di ristrutturazione da parte dell'impresa del partner. In tal caso l'*accipiens* dovrà corrispondere un'indennità equivalente al valore della prestazione di *facere* ricevuta[178].

A sostegno dell'impostazione che esclude la donazione può trarsi argomento anche dal superamento della presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative eseguite nella famiglia o nell'impresa familiare. Si dirà che l'art. 230-*bis* c.c. fa riferimento non già al convivente *more uxorio* ma al coniuge che presta la sua attività di lavoro; tuttavia, sulla base della *ratio legis* della disposizione, deve ammettersi l'applicazione analogica della stessa al primo[179].

Per le cose dette è oramai scontato ammettere che l'unione non fondata sul matrimonio dia luogo a un rapporto rilevante per l'ordinamento. Meno ovvio è porre un limite alle situazioni soggettive che possono sorgere da un rapporto coniugale di fatto. Il quale è, di fatto, solo nel senso che non nasce per effetto di un atto formale[180]. Anche se all'origine del rapporto c'è pur sempre un atto giuridico, sia pur non formale.

Secondo una recente pronuncia della Cassazione, dalla convivenza *more uxorio* scaturiscono diritti che hanno la loro fonte in un «*negozio a contenuto personale*» posto a base «della scelta di vivere insieme e di instaurare un consorzio familiare, come tale anche socialmente riconoscibile»[181]. È essenziale l'intento di vita comune, di condivisione, funzionale allo svolgimento della propria personalità, che è fonte di situazioni giuridiche soggettive.

Su queste basi la Suprema Corte, applicando la teoria dei doveri di correttezza o di protezione, ha ricondotto alla detenzione qualificata, il rapporto tra il convivente non proprietario e la casa di abitazione del *partner*. Perciò è stata ammessa l'azione di reintegrazione da parte del convivente allontanato, in modo violento, dalla casa in cui si svolgeva la convivenza (art. 1168, comma 2, c.c.)[182].

---

[178] P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Lipari-Rescigno, coordinato da A. Zoppini, *Obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 502, esclude, in linea con altra autorevole dottrina (Bianca e Di Majo) e con una parte della giurisprudenza, che nel caso delle prestazioni di *facere* debba applicarsi la disciplina dell'arricchimento senza causa.

[179] L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, cit., 482-485, rileva come l'art. 230-*bis* c.c. - che ha introdotto il principio di onerosità del lavoro familiare - tuteli non tanto e non solo il coniuge, quanto il lavoro reso in una comunità incentrata sulla solidarietà degli affetti. Carattere, quest'ultimo, su cui si fonda anche la convivenza *more uxorio*; da qui l'applicabilità della disposizione anche alla famiglia di fatto (in questo senso già F. PROSPERI, *op- cit.*, 284, che fa leva piuttosto sulla *ratio* di affrancare la donna (moglie) «da quella subalternità economica, molto prossima al vero e proprio sfruttamento», e anche G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., 289). Da questa soluzione interpretativa non deve trarsi, secondo Balestra, la conseguenza dell'applicabilità al convivente *more uxorio* di tutta la normativa sul regime patrimoniale della famiglia. L'estensione analogica è legittima - sostiene l'Autore - soltanto se dalla norma che viene in rilievo possa desumersi un principio che abbia un contenuto generalizzabile. Di avviso contrario è Prosperi, il quale ritiene la disciplina della comunione legale degli acquisti applicabile al rapporto coniugale di fatto, salvo certe disposizioni (*amplius* p. 287 ss.).

[180] D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., 139-140, sottolinea come sia inutile la categoria della coppia di fatto, non più in grado di descrivere un'esperienza unitaria. F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, cit., 147, rileva come l'espressione «famiglia di fatto» indichi quella famiglia che, pur non costituitasi nelle forme prescritte dalla legge (che sono la famiglia legittima, adottiva e naturale), si atteggia nella realtà alla stessa stregua del rapporto coniugale. Dovrebbe semmai parlarsi, soggiunge l'Autore, di «rapporto coniugale di fatto». In realtà, oggi, a parte questa diversità formale, con le unioni libere non siamo su un piano di fatto, giacché l'ordinamento positivo ha riconosciuto in molte disposizioni, come si diceva *supra* nella nota 153, la convivenza *more uxorio*. Convivenza da cui originano posizioni giuridiche soggettive, le quali, con ha ben argomentato Prosperi, «rappresentano il frutto di una scomposizione a posteriori della qualificazione giuridica del rapporto» (p. 233). Cfr. sul termine famiglia di fatto anche L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., 1117-1118.

[181] Cass., 21.3.2013, n. 7214, cit.

[182] Cass., 21.3.2013, n. 7214, cit., afferma che «il convivente gode della casa familiare, di proprietà del compagno o della compagna, *per soddisfare un interesse proprio, oltre che della coppia*, sulla base di un *titolo a contenuto e matrice personale* la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, sì da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata». La Suprema Corte ha rigettato la tesi favorevole alla costituzione di un rapporto di mera ospitalità, il che avrebbe, com'è noto, escluso l'azione di reintegrazione. Non si deve pensare che il proprietario non possa riottenere la piena disponibilità del bene. Ma egli, in caso di cessazione dell'*affectio*, in forza del «canone di correttezza e di buona fede dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento, (...) deve avvisare il partner e concedergli un termine congruo per reperire altra sistemazione». Questa soluzione era stata già argomentata da L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, cit., 6-7, secondo il quale il principio di solidarietà, cui è correlato il rilievo costituzionale delle formazioni sociali, fa sì che i doveri di correttezza o di protezione ineriscano non solo ai rapporti di obbligazione (art. 1175 c.c.), «ma anche ai rapporti fattuali di collaborazione e di assistenza reciproca, che si sostanziano in comportamenti corrispondenti a rapporti giuridici tipici, quali ad esempio i rapporti familiari. [Di tal ché] incombe al convivente proprietario dell'alloggio o ai suoi eredi l'obbligo di fornire all'altro l'abitazione per un ragionevole periodo di tempo». F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 274 ss., compie un passo ulteriore, ritenendo applicabile analogicamente al rapporto coniugale di fatto, in mancanza di prole, la regolamentazione prevista per i diritti di uso e di abitazione (art. 1021 ss. c.c.).

Non si può, quindi, condividere l'idea[183] che, a fronte della rottura della convivenza *more uxorio*, non sia possibile configurare alcuna posizione giuridica soggettiva. Del resto già un'attenta dottrina[184] ha ben argomentato l'applicabilità per analogia dell'art. 129 c.c. all'ex-convivente di fatto che non abbia adeguati redditi propri o, secondo un altro Autore, dell'art. 5, comma 6, l. div.[185].

12. Diagnosi preimpianto: un diritto a tutela della salute della donna, espressione della «vie privée et familiale».

L'evoluzione della famiglia e della filiazione subisce forti e repentine sollecitazioni per effetto delle possibilità dischiuse dalla tecnica. La diagnosi preimpianto induce a riflettere non tanto sul fondamento della filiazione (come la procreazione eterologa), ma sulla rilevanza giuridica dell'embrione, sul (sedicente) diritto ad avere un figlio sano e sul diritto alla salute della donna.

La diagnosi in parola è cosa ben diversa dalle tecniche eugenetiche[186]. Essa ha lo scopo non già di alterare il patrimonio genetico dell'embrione, né di selezionare i nascituri con determinate caratteristiche fisiche[187], ma, essenzialmente, di salvaguardare la salute della donna. Si tratta, com'è noto, di un esame clinico e diagnostico, effettuato sull'embrione fuori dall'utero, al fine di accertare l'eventuale presenza di quelle malattie di cui sono portatori i genitori genetici.

È notevole l'utilità della conoscenza anticipata, rispetto all'inizio della gravidanza, di una grave malattia del concepito. Si evita l'interruzione della gestazione ove dovesse emergere la malattia del feto[188], prevenendo seri rischi per l'integrità psicofisica della gestante. Eppure la legge sulla procreazione assistita vieta, almeno secondo una certa interpretazione[189], interventi invasivi sull'embrione che non ne tutelino l'integrità.

L'art. 13, comma 2, l. 40/2004 stabilisce che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione è vietata a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate *volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso*, e qualora non siano disponibili metodiche alternative». In sostanza si vieta la ricerca, essendo precluso ogni intervento che possa portare alla soppressione o alla lesione dell'embrione.

Questa disposizione ha indotto gli operatori sanitari a rifiutare la diagnosi preimpianto. La ragione è solo all'apparenza persuasiva: l'intervento sanitario in questione, si obietta, è volto non già alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione, come richiederebbe l'articolo appena riportato, ma al solo accertamento di eventuali malattie genetiche. Si ag-

[183] Sostenuta da G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, cit., 149, che riprende il pensiero di Gazzoni.

[184] F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, cit., 267-270, rileva come l'art. 129, comma 1, c.c., si «pon[ga] manifestamente come applicazione diretta dei doveri costituzionali di solidarietà, non venendo affatto in rilievo la responsabilità dei coniugi in ordine alla celebrazione del matrimonio invalido, ma unicamente la loro situazione patrimoniale. Inoltre, l'esigenza di tutelare la situazione di chi, senza sua colpa, ha confidato nella validità di un matrimonio poi annullato sembra sostanzialmente simile all'esigenza di tutela del convivente che ha confidato nella tutela del rapporto di tipo coniugale, tanto consolidatosi nel tempo da poter essere qualificato come rapporto coniugale di fatto, seppur rimesso unicamente alo spontaneo consenso della parti». L'Autore ritiene applicabile, sia pur co dei correttivi, anche la disciplina della comunione legale (*contra* M. DOGLIOTTI, voce, *Famiglia di fatto*, cit., 195, ed ivi le citazioni di altra dottrina in tal senso).

[185] G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., 289.

[186] L'art. 13, comma 3, let. b, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) pone il divieto di «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, *siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione* o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo». Ma la diagnosi preimpianto è volta non già ad «alterare il patrimonio genetico dell'embrione», bensì a farne conoscere lo stato di salute, così da consentire alla donna una decisione consapevole sull'impianto *in utero*.

[187] L'art. 13 della Convenzione di Oviedo, 4.4.1997 vieta le modificazioni del genoma il cui unico scopo sia di introdurre una modifica nel genoma dei discendenti. Anche l'art. 3 let. b) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE pone «il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone». Le modificazioni genetiche sono legittime solo «per ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche». Queste disposizioni sono perfettamente coerenti con l'art. 1 della *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo*, secondo cui «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca *dignità* e della loro *diversità*. In senso simbolico esso è patrimonio dell'umanità». La dignità, in questi documenti, non è un concetto generico privo di utilità, ma si specifica nel divieto di «ridurre gli individui alle loro caratteristiche genetiche e di rispettare il carattere unico di ciascuno e la sua diversità» (art. 2 Dich. sul genoma umana). Da qui il divieto della clonazione riproduttiva (art. 11 Dich. sul genoma umano e art. 3 let. d Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

[188] Com'è noto, l'art. 6, let. b), della legge n. 194/1978 consente l'aborto anche dopo novanta giorni dal concepimento, qualora risultino «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

[189] Il Governo italiano ha sostenuto, in un caso deciso dalla Corte EDU su cui si tornerà, che l'accesso alla diagnosi preimpianto è precluso a tutte le categorie di persone. Non soltanto a quelle in cui l'uomo è portatore di una malattia sessualmente trasmissibile, ma anche a quelle affette da sterilità o infertilità.

giunge che il rispetto dell'art. 13 l. n. 40/2004 è presidiato da non lievi sanzioni (art. 13 l. n. 40/2004).

In verità il problema dell'ammissibilità della diagnosi preimpianto non può essere risolto sulla base dell'art. 13 l. 40/2004. Il quale, a ben vedere, disciplina la sperimentazione e la ricerca clinica e non l'accertamento di cui si discute, che andrebbe piuttosto ricondotto all'art. 14 l. n. 40/2004. La sperimentazione e la ricerca non mirano ad accertare lo stato di salute dell'embrione, ma a individuare e a testare cure nell'interesse della collettività.

Alcuni tribunali hanno colto quest'aspetto[190], rilevando che gli artt. 13 e 14 compongono interessi distinti[191]. L'art. 13 bilancia l'interesse dell'embrione all'integrità con l'interesse della collettività alla ricerca, attribuendo prevalenza pressoché assoluta al primo. L'art. 14, invece, nei casi previsti dai commi 3 e 4, privilegia la tutela della salute e dell'autodeterminazione della donna rispetto all'integrità dell'embrione. Si potrebbe obiettare che in questi due commi non vi è alcun riferimento alla diagnosi preimpianto, ma, ciò nonostante, è alla logica di sistema a essi sottesa che va ricondotto il problema dell'ammissibilità di tale diagnosi.

Se è coinvolto il conflitto tra la salute della donna e l'integrità dell'embrione, non si può che richiamare un principio risalente, difficilmente contestabile. L'assoluta primazia della salute di chi è già persona, come la donna, rispetto a chi persona deve ancora diventare, come l'embrione[192]; da qui il dovere di informare la donna sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero, come prescrive l'art. 14, comma 5, l. n. 40/2004. Informazione ancor più necessaria - non si può negare - qualora vi sia il rischio di trasmettere al concepito quella stessa malattia genetica che affligge la donna o la coppia.

Appaiono quindi legittime quelle pronunce giurisprudenziali che, sulla scorta di una sentenza della Corte costituzionale[193], hanno ordinato la diagnosi preimpianto non solo in presenza dei requisiti oggettivi di accesso alla procreazione assistita (art. 4 l. n. 40/2004), ma anche a prescindere da questi[194]. Il riferimento è all'ipotesi in cui un membro della coppia di coniugi o di conviventi *more uxorio* sia portatore di una malattia genetica pur non essendo sterile. Negare in questo caso l'accesso alla procreazione artificiale e, quindi, alla diagnosi preimpianto (diversamente dalla coppia sterile portatrice di una malattia genetica) solo perché non vi è il requisito oggettivo della sterilità dà luogo a una diversificazione irragionevole di situazioni, accomunate dall'elemento della tara genetica della persona.

Il fatto che la coppia non sia sterile, non sembra circostanza in grado di giustificare una regola *iuris* distinta. Chi non è sterile né infertile sarà verosimilmente dissuaso dal procreare in modo naturale,

[190] Trib. Cagliari 22.9.2007 e Trib. Firenze, 17.12.2007, in *Fam. pers. e succes*., 2008, 5, 419, con nota di DELLA BELLA, *La svolta: il tribunale di Firenze e il tribunale di Cagliari ammettono la diagnosi preimpianto*; ivi, 2008, 7, 604, con mia nota, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*; Tar Lazio, 21.1.2008, n. 398, in *Fam. e dir*., 2008, 5, 499, con nota di A. FIGONE, *Illegittimo il divieto di indagine preimpianto sull'embrione?*; Trib. Bologna, 29.6.2009, in *Sudio legale-Leggi d'Italia on line*; Trib. Cagliari, 9.11.2012, in *Guida al dir*., 2013, 8, 35 ss. In dottrina cfr. G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1009, 11, 521.

[191] E. FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur*., 2013, 2, 235 ss., ripercorre accuratamente tutta la giurisprudenza.

[192] Corte Cost., 18.2.1975, n. 27, in *Giur. it*., 1975, I, 1416.

[193] Corte Cost., 8.5.2009, n. 151, in *Foro it*., 2009, 9, 1, 2301, ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 14 l. n. 40/2004, *perché sbilanciate rispetto alla tutela preminente della salute della donna*. È stato pertanto cancellato l'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto, il limite di creazione di un numero di embrioni non superiore a tre e, di conseguenza, il divieto di crioconservazione. Le disposizioni censurate costringevano la donna a plurime stimolazioni ovariche. Oltretutto il limite dei tre embrioni determinava un'indebita ingerenza sull'attività diagnostica e terapeutica del medico, il quale deve essere libero di stabilire la cura più appropriata.

[194] Muovendo dal dato giuridico della preminenza della salute della donna e dal principio costituzionale del consenso informato nel trattamento medico - qual è la procreazione artificiale - è stata ritenuta praticabile una lettura costituzionale degli artt. 13 e 14 l. n. 40/2004. Così la diagnosi genetica preimpianto deve ritenersi ammissibile tutte le volte in cui sia richiesta ai sensi dell'art. 14, comma 5, l. n. 40/2004 e sia funzionale all'effettiva tutela della salute della donna durante la gravidanza. Il Trib. Cagliari, 9.11.2012, cit., afferma che: «si può ritenere, oramai pacificamente, come la coppia abbia diritto a ricevere una completa informativa funzionale ad una procreazione libera e consapevole e la diagnosi preimpianto abbia come scopo proprio quello di consentire alla donna una decisione informata e consapevole in ordine al trasferimento di embrioni formati ovvero al rifiuto del trasferimento». Si aggiunga che, per effetto della segnalata sentenza della Consulta, spetta al medico decidere in relazione al caso concreto quanti embrioni produrre. Di essi, quelli risultati sani, saranno impiantati, mentre quelli malati, crioconservati. L'abrogazione del limite di produzione pari a tre embrioni e dell'unico e contemporaneo impianto fa sì che la procreazione medicalmente assistita sia attuata in maniera più conforme alle finalità (art. 1 l. n. 40/2004) e ai principi perseguiti dalla legge (art. 4 l. n. 40/2004).

divenendo, in sostanza, incapace di generare[195]. Senza tacere che anche qui viene in rilievo il diritto preminente alla salute della donna.

La Corte EDU ha avuto gioco facile nel cogliere l'«incoerenza» e la «sproporzione» del sistema legislativo italiano[196]. Incoerente perché esso, da un lato, «vieta di impiantare soltanto gli embrioni non affetti dalla malattia di cui sono portatori sani [i membri della coppia], dall'altro, autorizza [la donna] ad abortire il feto affetto da quella stessa patologia». Obbligare il medico a inserire tutti gli embrioni prodotti, mette in pericolo la salute della donna, ponendola tra due prospettive angoscianti: vivere una gravidanza a rischio o affrontare un aborto[197].

È evidente come non abbia senso logico impedire prima un qualcosa (la diagnosi preimpianto) a tutela di un interesse (l'integrità dell'embrione), per poi consentire qualcos'altro (la diagnosi prenatale e l'aborto) che vanifichi il medesimo interesse; oltretutto in uno stadio più avanzato di sviluppo della vita prenatale.

Tutto questo palesa, secondo la Corte EDU, un'ingerenza sproporzionata da parte del legislatore italiano sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, in violazione dell'art. 8, comma 2, Cedu. Diritto cui deve essere ricondotto il desiderio di avere un figlio privo della stessa malattia genetica che affligge il futuro genitore. Il che non postula affatto – si ribadisce – la rilevanza dell'interesse a scegliersi il figlio, bensì la preminenza della salute della donna. È bene ribadire che non viene in gioco un supposto diritto di avere un figlio sano, ma il diritto di non mettere in pericolo la propria salute, concependo un figlio portatore della stessa malattia genetica della coppia.

Neppure può tacersi, sempre sotto il profilo della sproporzione, che gli scopi indicati dal Governo italiano a fondamento del divieto di analisi genetiche[198]sono vanificati, come si diceva, dal diritto di abortire ove vi sia una rilevante malformazioni del feto[199].

Occorre allora che il legislatore riveda la disciplina dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita, coordinandola con un'apposita disposizione sulla diagnosi preimpianto. La giurisprudenza di merito sopra richiamata, pur avendo anticipato taluni dei rilievi critici della Corte EDU, non sembra in

[195] Trib. Salerno, 13.1.2010, in *Leggi d'Italia on line*, ha ammesso alla procreazione medicalmente assistita la coppia, non sterile né infertile, portatrice di una malattia genetica trasmissibile al nascituro. Nel caso di specie, entrambi i coniugi erano portatori di una mutazione del gene SMA1 che causa l'atrofia muscolare spinale di tipo 1, trasmissibile nel 25% dei casi alla prole in occasione del concepimento. Già tre gravidanze avevano evidenziato la trasmissione di tale malattia genetica al feto. In considerazione di tali esiti, la coppia chiedeva di accedere alla procreazione medicalmente assistita al fine di formare embrioni *in vitro* da sottoporre alla diagnosi preimpianto. Il Centro di Medicina della Riproduzione si oppose all'accesso, mancando il presupposto soggettivo della sterilità o infertilità richiesto dall'art. 4 l. n. 40/2004.
Diverso è il caso di chi è portatore di malattie sessualmente trasmissibili. Le Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita predisposte dal ministero della salute (con decreto 11.4.2008) stabiliscono, nella parte riguardante l'accesso alle tecniche, che, nel certificare lo stato di sterilità o di infertilità, si deve tener conto «anche di quelle peculiari condizioni in presenza delle quali - essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV, o HCV - l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 40/2004».

[196] Corte EDU, 28.8.2012, *causa Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, 66 ss., con nota di C. PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*. Il caso riguardava due cittadini italiani, portatori sani della mucoviscidosi (o fibrosi cistica), non sterili né infertili. Essi, per evitare un altro aborto del feto procreato naturalmente e affetto dalla medesima malattia che li affliggeva, chiedevano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita per usufruire della diagnosi preimpianto. Ma l'accesso veniva negato in forza dell'art. 4 l. n. 40/2004.

[197] La Corte EDU, 28.8.2012, *causa Costa e Pavan c. Italia*, cit., non può ignorare «l'*état d'angoisse de la requérante qui, dans l'impossibilité de procéder à un D.P.I.* [diagnosi preimpianto], *aurait comme seule perspective de maternité celle liée à la possibilità que l'enfant soit affecté par la maladie litigieuseet, d'autre part, la souffrance dérivant du choix douloureux de procéder, le casé chéant, à un avortement thérapeutique*».

[198] Scopi riportati dalla Corte EDU, 28.8.2012, *causa Costa e Pavan c. Italia*, cit.: «*Protéger la santé de l'enfant et de la femme, la dignité et la liberté de conscience des professions medicale et l'intéret d'eviter le risque de dérives eugéniques*». Tra l'altro la Corte ha chiarito opportunamente che il diritto fatto valere dalla coppia italiana non è quello di avere un figlio sano. Tutt'altro: si tratta di evitare, attraverso la diagnosi preimpianto e a tutela della salute della donna, di procreare un bambino affetto dalla stessa malattia di cui la coppia è portatrice sana. Magari il nato potrà essere affetto da altre patologie, ma non da quella portata dai genitori che si intende e si può evitare attraverso la tecnica in parola. Non è pertinente invocare il diritto di avere un figlio sano, che indubbiamente non esiste, venendo in rilievo il diritto alla salute della donna.

[199] Anche nella pronuncia in esame, la Corte Edu tiene a precisare che essa è chiamata a valutare non già l'ampio margine di discrezionalità di cui dispone il legislatore nazionale nella materia della procreazione artificiale, bensì la proporzionalità della misura nazionale controversa. È l'art. 8, comma 2, Cedu che le conferisce questo potere. La necessità dell'intervento legislativo, cui fa riferimento tale articolo, riferita al perseguimento degli scopi elencati dalla norma stessa, esige la proporzionalità. Difatti, se l'intervento legislativo dovesse risultare non proporzionato al raggiungimento dello scopo, esso diventerebbe non necessario e dunque censurabile dal parte della Corte EDU.

grado di rassicurare gli operatori sanitari che ancora rifiutano ogni atto invasivo dell'embrione.

Oltretutto attendere un provvedimento del giudice che ordini la diagnosi preimpianto, quando, invece, dovrebbe spettare esclusivamente al medico disporla, contrasta comunque con l'ordinamento giuridico. Il rifiuto del medico ostacola la procreazione medicalmente assistita, dilata i tempi, incide sulla salute psichica della coppia, obbligando quest'ultima ad attivare un procedimento che naturalmente ha un costo.

È dunque urgente un intervento del legislatore che dia certezza alla classe medica e garantisca, pienamente, il diritto alla salute della donna. Spinge in tal senso il diritto europeo, soprattutto giurisprudenziale, che tanto ha contribuito al riconoscimento di situazioni soggettive e all'evoluzione di istituti fondamentali come il matrimonio, la famiglia e la filiazione[200].

[200] S. PATTI, *Il principio famiglia e il diritto europeo della famiglia*, cit., 79, sottolinea giustamente come il civilista moderno non possa ignorare l'evoluzione del diritto europeo della famiglia, dovendosi sforzare «di trovare soluzioni coerenti con la tradizione giuridica del nostro Paese, *ma che nel contempo consentano un continuo avvicinamento alle scelte degli altri ordinamenti nazionali europei*» (corsivo mio).

Persona e Mercato